Bedenken

über das Französische Wesen

der

für Preussen, Baiern und von der Commission in Hannover

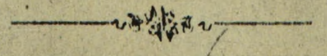
ausgearbeiteten

Entwürfe einer bürgerlichen Proceßordnung,

geäußert

von

R. v. Kräwel,
Appellationsgerichts-Rath zu Naumburg a. S.




VE
RI
TAS



Bedenken

über das Französische Wesen

der

für Preussen, Baiern und von der Commission in Hannover

ausgearbeiteten

Entwürfe einer bürgerlichen Proceßordnung,

geäußert

von

R. v. Kräwel,

Appellationsgerichts-Rath zu Naumburg a. S.

Leipzig.

Verlag von Johann Ambrosius Barth.

1865.

Aus Uhland's „Gespräch".

„Und immer nur vom alten Recht?
Wie du so störrig bist!"
Ich bin des alten treuer Knecht,
Weil es ein **Gutes** ist.

— — — — — — — —

Du meinst es löblich, doch du hast
Für **unser** Volk kein Herz.

— — — — — — — —

Was nicht von innen keimt hervor,
Ist in der Wurzel schwach.

Inhalts-Uebersicht.

Bedenken über das Französische Wesen

der

für Preußen, Baiern und von der Commission in Hannover

ausgearbeiteten

Entwürfe einer bürgerlichen Proceßordnung.

Einleitung.

Wie sehr man jetzt in Deutschland den Beruf zur Gesetzgebung fühlt, das beweisen die verschiedenen Deutschen Entwürfe zu einer bürgerlichen Proceßordnung. Während in Hannover die Abgeordneten von zwölf Deutschen Regierungen an dem Entwurf einer allgemeinen Deutschen Civilproceßordnung arbeiten, liegen solche Entwürfe auch für Oestreich, Preußen, Baiern und Sachsen vor.

Wenn dies für die Productionslust unserer Rechtsverständigen zeugt, so hat diese Versplitterung der Kräfte doch auch ihr Bedenkliches.

Einmal sind die Aussichten für das Zustandekommen einer allgemeinen Deutschen Civilproceßordnung weit geringer, als sie es für die Wechselordnung und das Handelsgesetzbuch waren.

Zur Zeit der Berathung des deutschen Handelsgesetzbuchs war von solchen besonderen Entwürfen nicht die Rede. Der Preußische und Oestreichische Entwurf dienten vielmehr zur Grundlage für die Berathungen der gemeinschaftlichen Commission.

Aber auch die Theilnahme an der gemeinsamen Commission war in Nürnberg eine allgemeinere. Von den daselbst zur Berathung des Gesetzbuchs vertretenen 21 Regierungen fehlen in Hannover 9, nämlich Preußen, Braunschweig, Sachsen-Weimar, Sachsen-Gotha, Sachsen-Altenburg, Anhalt, Lübeck, Hamburg und Bremen.

So hat denn freilich der in Hannover ausgearbeitete Entwurf wenig Aussicht, in ganz Deutschland Geltung zu erlangen. Ihm gegenüber steht besonders der Preußische Entwurf, weil dieser die Vorschläge der in Hannover nicht vertretenen Preußischen Regierung

enthält. Besondere Beachtung verdient aber auch der Baierische Entwurf.

Alle drei Entwürfe erregen jedoch besonders nach einer Richtung hin Bedenken.

Während die Nationalitätsfrage die Welt bewegt, und durch sie die Deutsche Politik auf neue erfolgreiche Bahnen geführt ward, scheint die Deutsche Rechtswissenschaft einem stehenden Gewässer zu gleichen, das von den Fluthen, welche die Nation bewegen, kaum berührt wird.

Anstatt das Deutsche Rechtsbewußtsein und die Deutsche Rechtsübung als die Grundlage der Deutschen Gesetze anzusehen, glauben Deutsche Rechtsverständige nach wie vor im Französischen Vorbilde und dessen Nachahmung das Heil für die Deutsche Rechtspflege zu finden.

Um den richtigen Maaßstab für die Beurtheilung der drei Entwürfe zu gewinnen, muß man berücksichtigen, daß die Aufgabe der Gesetzgebung nicht darin besteht, neue Rechtssätze und neue Formen für das Verfahren zu erfinden. Das neue Gesetz soll vielmehr den vorhandenen Rechtszustand nur in so weit ändern, als er unhaltbar geworden ist, und als er dem Bedürfniß in der Gegenwart nicht mehr entspricht. So sagt Macaulay:

> „Nichts von symmetrischer Ordnung, aber viel von Angemessenheit zu halten; niemals eine Anomalie um ihrer selbst willen zu beseitigen; niemals eine Neuerung einzuführen, ohne daß eine fühlbare Beschwerde sie unabwendbar macht; niemals die Neuerung weiter führen, als zur Abhülfe der Beschwerde nöthig ist. Dies sind die Regeln, welche seit dem Zeitalter Johann's bis zu dem Zeitalter der Victoria die Berathungen unserer 250 Parlamente geleitet haben.“

Eine solche allmälige, langsame, aber gesunde Rechtsentwickelung setzt freilich einen einheitlichen Staat voraus. Blicken wir auf Deutschland, so kann ein für alle einzelnen Deutschen Staaten gemeinsames Gesetzbuch nicht durch die bloße Fortentwickelung des in jedem Staate bestehenden Rechtszustandes entstehen.

So gelten in Deutschland, wie im Gebiete des Preußischen Staats insbesondere, verschiedene particuläre Deutsche Proceßordnungen, der gemeine Deutsche Proceß und auf dem linken Rheinufer der Code de procédure.

Deshalb sind die Gesichtspunkte für die verschiedenen Deutschen

Entwürfe auch verschiedene. Während ein allgemeiner Deutscher Entwurf alle diese verschiedenen geltenden Gesetze in's Auge zu fassen und zu berücksichtigen hat, kann die Proceßordnung, die z. B. nur für Sachsen gelten soll, von den Vorschriften der Sächsischen Proceßordnung ausschließlich ausgehen. Der Sächsische Gesetzgeber läuft deshalb, wenn er in richtiger Weise das geltende Recht als die Grundlage der Gesetzgebung ansieht, weit weniger Gefahr fehl zu greifen. So beruht denn auch der Sächsische Entwurf zu einer bürgerlichen Proceßordnung überall auf deutschen Rechtsgrundsätzen. Er giebt in keiner Weise zu den großen Bedenken Veranlassung, welche gegen die übrigen drei Entwürfe sprechen. Wo dagegen, wie in Preußen und Baiern, auch der Code gilt, da droht die Gefahr, daß dessen Grundsätze als ein in Deutschland bestehendes Recht in der neuen Proceßordnung Aufnahme finden.

Gerade diese Frage ist für den Preußischen Entwurf verhängnißvoll geworden. Er enthält, wie Dr. Leonhardt in seinem zweiten Beitrage zur Reform des Civilprocesses für Deutschland S. 3 sagt: in den Grundprincipien eine Reform des Französischen Proceßrechts. Indeß geht diese Verleugnung des Deutschen Rechts noch viel weiter, als Dr. Leonhardt annimmt, indem er zugleich von der Hannoverschen Proceßordnung sagt: sie sei eine Reform des Deutschen Proceßrechts. Es ist die Aufgabe dieser Schrift, zu zeigen, daß der Hannoversche Entwurf, wie sein Vorbild, die Hannoversche Proceßordnung, von den Grundsätzen des Deutschen Proceßrechts viel zu wenig enthält.

Wir werden uns bei Erörterung der Mängel der drei Deutschen Entwürfe besonders an den Preußischen Entwurf und dessen Motive halten und von diesem ausgehen, weil kein anderer Deutscher Entwurf so viel von dem Französischen Wesen in sich aufgenommen hat. Nur in zwei Punkten ist der Baierische Entwurf noch französischer als der Preußische, wie sich unten ergeben wird. Sonach wird es im Uebrigen genügen, wenn bei Besprechung der Französischen Elemente des Preußischen Entwurfs zugleich die betreffenden Bestimmungen der übrigen Entwürfe in's Auge gefaßt werden.

Ferner hat der Preußische Entwurf aber auch die ausführlichsten Motive, welche sonach eine eingehendere Prüfung gestatten.

Der Verfasser dieser Schrift muß aber auch um deshalb von dem Preußischen Entwurfe ausgehen, weil zu einer eingehenden

Würdigung auch der anderen, für einzelne Deutsche Länder bestimmten Entwürfe die genaue Kenntniß der dort geltenden besonderen Proceßgesetze nöthig sein würde.

Sollte der Preußische Entwurf nur als Proceßordnung für das bisherige Gebiet des Preußischen Rechts gelten, so würde es genügen, die auf diesem Gebiete gemachten Erfahrungen zu berücksichtigen, der fortschreitenden Entwickelung Raum zu geben, keine Einrichtung abzuschaffen, die sich bewährt hat, und keine Neuerung einzuführen, die nicht einem bereits anerkannten Bedürfniß abhilft.

Geschichte des Preußischen Processes.

Der Preußische Proceß hat eine reiche Geschichte. Schon Friedrich der Große erließ am 31. Dec. 1746 eine Constitution, wie die Processe in Pommern in einem Jahre in allen Instanzen zu Ende gebracht werden sollten. Am 6. Juli 1747 wurde das Project eines Codicis Fridericiani Pommeranici publicirt, der einstweilen Geltung haben, zugleich aber einer gründlichen Revision und Prüfung durch die Stände, Regierungen und Gelehrten unterworfen werden sollte. Doch behielten diese Proceßordnungen das Princip des gemeinen Processes bei. Erst das Corpus juris Fridericianum von 1781 ging von ganz neuen Grundsätzen aus.

1) Der Richter sollte danach, unabhängig von den Angaben der Parteien, die Wahrheit zu erforschen suchen. Damit fiel die Theorie von der Beweislast, die Eventualmaxime. An die Stelle der Verhandlungs- trat die Untersuchungsmaxime.
2) Die Parteien sollten auch zu ihrem Nachtheil die Wahrheit sagen, und zu dem Zweck persönlich erscheinen bei Vermeidung der Contumaz.
3) An die Stelle der sportulirenden Advocaten traten besoldete Assistenzräthe, welche den Parteien vom Richter zugeordnet wurden, ihn bei Ermittelung der Wahrheit unterstützen, aber auch controliren sollten.
4) In jeder Instanz sollte der Proceß durch ein einziges Erkenntniß entschieden, Incidentpunkte sollten durch Verfügung regulirt und im Erkenntniß demnächst mit entschieden werden.

Indeß stellten sich doch sehr bald in der Praxis Uebelstände heraus. Diese Grundsätze erlitten Einschränkungen. Die Verordnung vom 20. September 1783 beschränkte z. B. das persönliche

Erscheinen der Parteien und führte wieder Advocaten ein. Die Proceßordnung von 1781 wurde aber auch unter Berücksichtigung der Gutachten der Gerichte und Sachverständigen wieder revidirt. Im Jahr 1794 wurde diese Umarbeitung als allgemeine Gerichts-Ordnung publicirt. Dies Gesetzbuch gilt zwar noch im Allgemeinen, doch hat es durch eine immer rege Gesetzgebung sehr wesentliche Verbesserungen erlitten; die erheblichsten durch die Verordnung vom 1. Juni 1833, welche öffentliches und mündliches Verfahren herstellte, so wie durch die Verordnung vom 14. December 1833, welche das Rechtsmittel der Revision einschränkte, und die Nichtigkeitsbeschwerde einführte.

So hat sich der Preußische Proceß ruhig, aber stetig entwickelt. Die Gesetzgebung ist den Bedürfnissen des Verkehrs und den steigenden Ansprüchen immer entgegen gekommen. Man kann wohl sagen, daß im Großen und Ganzen der Preußische Proceß so geregelt ist, daß die Gerichtseingesessenen in keinem andern Lande eine raschere und gründlichere Entscheidung ihrer Rechtsstreitigkeiten zu erwarten haben.

Gewiß ist auch der Preußische Proceß mancher Verbesserung fähig, aber mit Rücksicht auf dessen Grundzüge ist bei den Rechtsverständigen der Wunsch nach durchgreifenden Aenderungen in keiner Weise vorherrschend.

Nun soll aber die neue Preußische Proceßordnung auch für die Theile des Staats Gesetzeskraft erhalten, in denen jetzt der Code und gemeines Deutsches Recht gilt.

Für das Gebiet des Letzteren entstehen jedoch nur geringe Schwierigkeiten, da der gemeine Deutsche Proceß, in so weit er noch in Preußen stattfindet, bereits durch die Verordnung vom 21. Juli 1849 in vielen Punkten dem Preußischen Processe nahe gebracht ist.

Dagegen beruht allerdings der Code auf so durchaus eigenthümlichen Anschauungen, daß die Einführung einer Gleichartigkeit des Processes in dem Gebiet des Französischen Rechts, also auf dem linken Rheinufer, und dem Gebiete des Preußischen und des gemeinen Deutschen Rechts, nicht möglich ist, ohne in dem Bezirke des einen oder des andern Gebietes umfassende Neuerungen einzuführen.

Allgemeine Gründe gegen Berücksichtigung der Vorschriften des Code.

Daß solche Neuerungen, welche die naturgemäße Entwickelung des bestehenden Rechtszustandes plötzlich unterbrechen, für das betroffene Gebiet große Uebelstände herbeiführen, das bedarf keiner besondern Auseinandersetzung.

Faßt man nun die Ausdehnung der beiderseitigen Gebiete in's Auge, so ist das Gebiet des Französischen Rechts sowohl im Preußischen Staate, als wie in ganz Deutschland das bei Weitem kleinere, und wäre es von diesem praktischen Gesichtspunkte aus nur zu billigen, wenn sich der kleinere Theil, das linke Rheinufer, dem im übrigen Deutschland geltenden Rechte unterordnete. Dabei bliebe es immer vorbehalten, einzelne Bestimmungen des Code, welche mit dem Wesen des Deutschen Processes nicht im Widerspruche stehen, in Preußen und dem übrigen Deutschland gelten zu lassen, oder auch Einrichtungen des Deutschen Processes zu beseitigen, welche den allgemeinen, oder doch den besonderen Bedürfnissen der Bevölkerung des linken Rheinufers nicht entsprechen. Ueberall müßte also, wenn man diesen Gesichtspunkt festhält, in dem Preußischen wie in dem Deutschen Entwurf von den Grundsätzen des Preußischen und Deutschen Processes ausgegangen, und jede Abweichung als Ausnahme von der Regel besonders begründet werden.

Der Preußische Entwurf schlägt aber leider gerade den entgegengesetzten Weg ein. Er geht davon aus, daß das Französische Proceßrecht im Großen und Ganzen den Vorzug verdiene, und will dasselbe in möglichster Reinheit im ganzen Preußischen Staat zur Geltung bringen. Es soll also der Preußische Proceß mit seinen reichen Erfahrungen für uns begraben und zu einer Mumie werden. Der Entwurf bricht vollständig mit unserer ganzen Vergangenheit. Er macht für uns tabula rasa. Die Geschichte unseres Processes würde dann nicht mehr in unserer eigenen Vergangenheit, sondern in der Frankreichs zu suchen sein.

Den Franzosen würde man so etwas freilich nicht zumuthen. Das würde sich nicht mit ihrem lebendigen Nationalgefühl vertragen, von dem wir freilich allzu wenig haben. Mit Recht sagt Fichte:

> „Ein Volk kann den Hochmuth gar nicht lassen, außerdem bleibt die Einheit des Begriffs in ihm gar nicht rege."

Besonders bedenklich erscheint aber diese Beseitigung des Preußischen und Deutschen Rechts, wenn man erwägt, daß das neue Recht, welches an die Stelle unseres heimischen Rechts treten soll, nicht auf dem Deutschen, sondern auf Französischem Boden erwachsen ist.

Das fremdartige Wesen des Code.

Jedes positive Gesetz ist das Product individueller Verhältnisse. Das Wesen des Gesetzes ist bedingt durch die Zeit und den Ort seiner Entstehung. Die Gesetze sind organische Erzeugnisse eines bestimmten Volks. So wenig der Oelbaum aus der Provence in Deutschland gedeiht, eben so wenig folgt daraus, daß ein Gesetz in Frankreich angemessen ist und dort Beifall findet, das es auch für uns Deutsche paßt.

Nun offenbaren sich aber gerade im Deutschen und Französischen Processe vorzugsweise die Eigenthümlichkeiten beider Völker. Eben darin liegt der große Mißgriff der meisten Deutschen Entwürfe, daß sie ohne Weiteres annehmen, was in Frankreich gefällt, müsse auch in Deutschland gefallen. Wir haben schon einmal das Mißgeschick erlitten, die geschichtliche Entwickelung unseres eigenen Rechts unterbrochen zu sehen. Damals drängte sich das Römische und Canonische Recht ein. Es war dies die Folge der mangelhaften Pflege unseres heimischen Rechts. Man studirte auf Italiänischen Universitäten. Doch ging man damals nicht so weit, das heimische Recht ganz abzuschaffen, es verschmolz sich mit dem fremden. So bildete sich denn auch unser Deutscher Proceß eigenthümlich aus. Wir haben gesehen, wie dies besonders in Preußen der Fall gewesen.

Wenn uns nun wieder die Gefahr droht, daß die weitere natürliche Entwickelung unseres Processes unterbrochen werden soll, so ist dies doch keineswegs wieder die Folge einer falschen Richtung unserer Studien oder der unzureichenden Leistungen unserer Rechtswissenschaft. Dies versichern sogar die Motive derjenigen Deutschen Entwürfe, welche in allen Hauptsachen dem Französischen Wesen den Vorzug geben. So erwähnt der Baierische Entwurf S. 544 der Motive: „die bedeutenden Leistungen der Deutschen Rechtswissenschaft für die Reform des Proceßrechts, welche theils auf dem Felde der Kritik, theils durch selbstständige Abhandlungen und praktische Arbeiten zu Tage getreten sind". S. 10 der Preußischen Motive wird aber bezeugt, daß die Leistungen der

Deutschen und Preußischen Rechtswissenschaft auf dem Gebiete des Proceßrechts die Französische Jurisprudenz im Allgemeinen weit überwiegen.

Warum benutzen wir denn nun aber nicht unsere eigenen Erfahrungen und die vortrefflichen Leistungen der Deutschen und Preußischen Rechtswissenschaft dazu, um unsern heimischen Proceß, wie er sich unserer Sitte und unseren Bedürfnissen angemessen bei uns ausgebildet hat, unter Beibehaltung seiner Grundzüge zu vervollkommnen? Warum ergreifen wir nicht endlich die willkommene Gelegenheit, erst dem, dem deutschen Rechtsleben entfremdeten Theile Deutschlands auf dem linken Rheinufer das Deutsche, allzu lang entbehrte Recht zurückzugeben?

Folgen der Napoleonischen Eroberung.

Darauf ist nur die eine Antwort zu geben: Weil wir noch immer an den Folgen der Napoleonischen Eroberung kranken. Wir haben zwar vor 50 Jahren die politischen Fesseln gesprengt. Man hatte aber damals nicht die Thatkraft und die Einsicht des Eroberers, welcher wohl wußte, daß er erst dann auf einen dauernden Erfolg seiner Eroberung rechnen konnte, wenn er den eroberten Ländern noch das Französische Recht aufzwang. Anstatt nun in den wieder gewonnenen Deutschen Landen sogleich das fremde aufgedrungene Recht zu beseitigen, ließ man es bestehen und Wurzel schlagen. Die beklagenswerthe Folge dieses politischen Mißgriffs besteht darin, daß den Rheinländern die Deutschen Rechtsanschauungen ziemlich ganz abhanden gekommen sind. Die Richter begreifen dort nicht, wie man solche Ansprüche an ihre Thätigkeit und Arbeitskraft machen kann, wie das bei uns überall geschieht. Der Anwalt befindet sich wohl bei dem Französischen Processe, der die Parteien selbst rathlos läßt, und die Rechtsuchenden haben sich darein so wie in alle Unbequemlichkeiten und Wunderlichkeiten des Französischen Processes gefunden, weil sie es eben nicht besser kennen.

Der Franzose wird mit den Geschäften leicht fertig, weil er sie gern von einer leichten Seite angreift. So gute Deutsche die Rheinländer im Uebrigen auch sein mögen, so läßt es sich doch nicht verkennen, daß unter ihren Rechtsverständigen gar viele an dieser Französischen Leichtfertigkeit Gefallen gefunden haben. Doch giebt es noch genug unter ihnen, wir nennen hier nur den leider so früh

gestorbenen Weib, welche Deutschen Ernst, Deutsche Arbeitslust und überhaupt Deutsche Sitten auch im Rechtsleben hoch halten, und deshalb die Fortdauer des Französischen Processes auf dem linken Rheinufer für einen großen Uebelstand ansehen.

Unsere Nachahmungssucht.

Es ist dies leichte Sichgewöhnen an Ausländisches, dies Wohlgefallen am Fremden freilich ein alter Fehler unseres Volks. Sagt doch auch Lessing:

„Wir Deutsche sind keine Nation. Ich rede nicht von der politischen Verfassung, sondern blos von dem sittlichen Charakter. Fast sollte man sagen, dieser sei: keinen eigenen haben zu wollen. Wir sind noch immer die geschworenen Nachahmer alles Ausländischen, besonders noch immer die unterthänigen Bewunderer der nie genug bewunderten Franzosen; Alles, was uns von jenseits des Rheins kommt, ist schön, reizend, allerliebst, göttlich....“

Diese unsere leidige Nachahmungssucht geht so weit, daß man französische Rechtsätze in das Preußische Strafgesetzbuch aufgenommen hat, über welche man in Frankreich schon den Stab gebrochen hatte, wie ich in meinem Entwurf zu dem allgemeinen Theil eines für ganz Deutschland geltenden Strafgesetzbuchs nachgewiesen habe.

Auch der vorliegende Preußische Entwurf ist auf solchem Wege, wie sich bald ergeben wird.

Man würde aber den Rheinländern Unrecht thun, wenn man ihre Vorliebe für das bei ihnen geltende Französische Recht allein unserer nationalen Unselbstständigkeit zuschreiben wollte.

Zunächst ist, wie bereits angedeutet worden, diese angebliche Vorliebe aller Rheinländer auf die Meinung der Rheinischen Rechtsverständigen zurückzuführen. Es ist eben eine Eigenthümlichkeit des Französischen Processes, daß er nicht auf die eigene Thätigkeit der Parteien, sondern darauf berechnet ist, daß die Gerichtseingesessenen ihr Recht durch Vermittelung der Advocaten suchen. Diese befinden sich dabei natürlich ganz wohl, und leben das. Dem Richter aber macht es, wie wir sehen werden, die Französische Proceßordnung so bequem, wie nur irgend möglich. Das gefällt auch. Das Urtheil der Richter und Advocaten bestimmt aber das Urtheil der Laien, welche selbst den Processen fern stehen.

Kennten freilich die Laien die Vorzüge des Deutschen und Preußischen Processes, wie sie nachstehend erörtert werden sollen, gründlich, so würden sie schwerlich die Vorliebe der Rheinischen Richter und Anwalte für den Französischen Proceß theilen. Es kommt aber hauptsächlich darauf an, ob die Rechtsuchenden, nicht darauf, ob die Rechtübenden Ursache haben, mit der Proceßordnung zufrieden zu sein.

Ferner ist die Ursache der leichteren Einbürgerung des Französischen Rechts auf dem linken Rheinufer auch darin zu finden, daß zur Zeit der Einführung des Französischen Rechts diese Deutschen Lande so verwahrlost und verkommen waren, daß diesen Zuständen gegenüber ein so festes und geordnetes Rechtssystem, wie es sich in den Napoleonischen Gesetzbüchern findet, wohl als eine willkommene Aushilfe angesehen werden konnte, wenn sie auch viel Unpassendes und Fremdartiges enthielten.

Ganz anders liegt aber die Sache, wenn man jetzt die Grundzüge der Französischen Proceßordnung in Deutschen Landestheilen zur Geltung bringen will, welche im Besitz einer bis in die neueste Zeit mit Sorgfalt gepflegten Proceßordnung sind.

Die Aufgabe, die zu lösen ist.

Es soll nun unsere Aufgabe sein, die wesentlichsten Unterschiede zwischen dem Französischen und dem Deutschen oder Preußischen Processe hervorzuheben und nachzuweisen, wie diese Verschiedenheiten gerade die Folge der verschiedenen Eigenthümlichkeit der Franzosen und der Deutschen sind. Auf diese Weise wird die Wahrheit unserer Behauptung in's Licht treten:

> daß die Eigenthümlichkeiten des Französischen Processes sich so wenig zur Einführung in Deutschland eignen, wie unser Proceß den Franzosen zusagen würde.

Gegensätze des Französischen und Deutschen Processes.

Vorzugsweise auf dem Gebiete der bürgerlichen Proceßordnung drückt sich so recht eigentlich das Wesen des Volks aus, welchem sie dient.

Der Französische Beamte liebt es, sich mit den ihm obliegen-

den Geschäften auf dem möglichst kurzen Wege, wenn auch obenhin abzufinden. Ihm ist angestrengte Arbeit ungewohnt. Er überläßt die Geschäfte lieber Anderen, als daß er selbst zugreift, als daß er selbst alle Mühe anwendet, um das Geschäft gleich durchgreifend und gründlich zu erledigen. Dies offenbart sich auch in der Französischen Proceßordnung.

Der Französische Richter bleibt dem Processe so lange als möglich fern. Er überläßt den Schriftwechsel den Advocaten. Von Acten hält er nichts, weil er sie lesen müßte. Erst bei der mündlichen Verhandlung hören die Richter zuerst etwas von der Sache. Auch da befaßt er sich im gewöhnlichen Processe nicht damit, die Parteien selbst zu hören. Es ist ihm bequemer, nur mit den Advocaten zu verhandeln, welche sich sogar bei der Urtheilsredaction betheiligen müssen.

Mit der Appellation gegen die Erkenntnisse der Einzelrichter befaßt sich das Appellationsgericht nicht, das überläßt man den Bezirksgerichten.

Die Richtigkeitsbeschwerde wird in vielen Fällen dadurch abgeschnitten, daß zu deren Begründung die vorherige Niederlegung von 150 Francs bei contradictorischen und von 75 Francs bei Contumacialurtheilen gehört, welche bei Verwerfung des Gesuchs dem Fiscus ohne Weiteres verfällt. Wird die Richtigkeit des angefochtenen Erkenntnisses ausgesprochen, so geht der Cassationshof doch niemals auf die Sache selbst ein. Es genügt, wenn er das vorhandene Erkenntniß vernichtet.

Um die Vollstreckung der Erkenntnisse bekümmert sich der Richter nicht.

Dagegen ist es Deutsche Art, daß unsere Beamte nicht Mühe und Arbeit scheuen, gern selbst zugreifen, wenn es zur raschen und gründlichen Erledigung der Geschäfte nöthig ist. Die Arbeit ist uns Bedürfniß, keine Last.

Dieser Unterschied im Volkscharakter offenbart sich auch im Deutschen und Preußischen Proceßgange.

Dem Deutschen Richter wird gleich die Klage überreicht. Er prüft sie, ehe er dem Processe Fortgang giebt, und weist ganz unbegründete Klagen ohne Weiteres zurück, indem er die Mängel der Klage auseinandersetzt. Die zulässige Klage stellt der Richter dem Verklagten zu. Der Richter leitet den Schriftwechsel. Er bereitet sich aus den Acten zur mündlichen Verhandlung vor. Er hört

die Parteien selbst, wenn sie keinen Anwalt nehmen wollen, und arbeitet selbst das Urtheil aus, welches, wenigstens nach Preußischem Rechte, so abgefaßt werden muß, daß es jedem Laien verständlich ist.

Die Entscheidung zweiter Instanz steht in allen Fällen dem Obergerichte zu, mag der Gegenstand noch so unbedeutend sein.

Das Betreten der dritten Instanz ist nirgend durch Niederlegung einer Geldsumme erschwert. Das Gericht dritter Instanz begnügt sich keineswegs damit, die Nichtigkeit des angefochtenen Erkenntnisses auszusprechen, sondern es erkennt gleich selbst, was Rechtens ist, wenn nicht noch thatsächliche Ermittelungen nöthig sind.

Für die beantragte Vollstreckung der rechtskräftigen Erkenntnisse sorgt der erste Richter selbst.

Sollten nun wirklich jene hervorgehobenen Grundsätze des Französischen Processes denen unseres Deutschen und Preußischen Processes vorzuziehen sein?

Die Motive zum Preußischen Entwurfe nehmen dies freilich ohne Weiteres an. Sie weisen an sich zweckmäßige Einrichtungen des Preußischen und Deutschen Processes um deshalb gleich von der Hand, weil damit die Richter zu sehr belästigt würden.

Bisher hat man aber in Deutschland immer dafür gehalten, daß der Richter keine Mühe scheuen darf, um den Rechtsuchenden in ihren Angelegenheiten möglichst förderlich zu sein. Sollten die Richter auf dem linken Rheinufer wirklich so der Deutschen Rechtsanschauung entfremdet sein, daß ihnen die Arbeiten zu schwer fallen sollten, denen sich die übrigen Deutschen Richter gern unterziehen, um die Rechtsstreitigkeiten nicht nur möglichst rasch, sondern auch möglichst gründlich und zwar im unmittelbaren Verkehr mit den Parteien selbst zu erledigen?

Gerade diese Unmittelbarkeit und Innigkeit im Verkehr des Richters mit seinen Gerichtseingesessenen ist im Wesen des Deutschen tief begründet.

Wie sehr der Preußische Entwurf sich den Französischen Proceß zum Muster genommen hat, das ergiebt sich daraus, daß er Einrichtungen des Deutschen und Preußischen Processes, welche sich unzweifelhaft bewährt haben und sich des ungetheilten Beifalls erfreuen, ganz mit Stillschweigen übergeht, weil sie dem Französischen Proceß fremd sind. Dies gilt z. B. von dem Mandatsprocesse.

Der Mandatsproceß.

Die Deutschen Reichsgesetze kannten schon lange Mandate im engeren Sinne, ehe sich der förmliche Mandatsproceß ausbildete. In der späteren Zeit stellte die Reichsgesetzgebung besonders diejenigen Fälle fest, in denen unbedingte Mandate an den Verklagten mit der Auflage erlassen werden konnten, daß er den Kläger klaglos stelle. Der Richter hatte den Antrag zu prüfen, und beim Mangel der nothwendigen Erfordernisse entweder das Gesuch ganz zu verwerfen, oder nur ein bedingtes Mandat zu erlassen, oder das ordentliche Verfahren einzuleiten.

Wurde das Mandat erlassen, so wurde es aber nicht rechtskräftig, der Verklagte konnte bis zur Vollstreckung des Mandats alle Einreden vorbringen, nur mußten sie an sich begründet sein, oder doch sogleich dargethan werden.

Die Preußische Allgemeine Gerichtsordnung von 1794 kannte im §. 15 I. 28 ein solches Verfahren nur wegen rückständiger Hypothekenzinsen.

Die Verordnung vom 1. Juni 1833 erweiterte dies Mandatsverfahren aber in so fern, als der Mandatsproceß zugelassen wurde:

1) wegen aller Verbindlichkeiten aus einseitigen Geschäften, die auf öffentlichen Urkunden beruhen;
2) wegen hypothekarischer Forderungen, und
3) wegen Gebührenforderungen der Geistlichen, Anwalte, Notare und Feldmesser.

Das Mandat wird an den Verklagten mit dem Befehl erlassen, binnen 14 Tagen von der Zustellung ab: entweder den Kläger klaglos zu stellen, oder die Einwendungen anzubringen.

Gegen diesen Befehl sind nur solche Einwendungen zulässig, welche sofort durch Urkunden, Eideszuschiebung oder solche Zeugen, deren unverzüglicher Abhörung kein Hinderniß entgegen steht, liquid gemacht werden können.

Einreden, welche nach Ablauf der Frist angebracht werden, sind zum Separatverfahren zu verweisen.

Die Verordnung vom 21. Juli 1846 dehnte im §. 28 dies Mandatsverfahren auf alle Processe bis zum Werthe von nur 50 Thalern aus, wenn die Klage auf Zahlung einer Geldsumme oder Gewährung anderer vertretbarer Sachen gerichtet ist. Doch unterscheidet sich dies Verfahren von dem ordentlichen Mandatsprocesse

dadurch, daß es genügt, wenn nur ganz formlos innerhalb der Frist Widerspruch erhoben wird, und daß der Widerspruch die Folge hat, daß beide Theile zur vollständigen Klagebeantwortung und weiteren mündlichen Verhandlung der Sache im gewöhnlichen Verfahren geladen werden.

Der Hannoverschen Proceßordnung von 1848 war ein solches Verfahren fremd. Erst durch das Hannoversche Gesetz vom 27. Juli 1852 ist behufs Geltendmachung persönlicher Forderungen, deren in bestimmten Geldsummen oder Quantitäten anderer vertretbarer Sachen bestehender Gegenstand den Werth von 150 Thalern nicht übersteigt, ein Mahnverfahren eingeführt, das mit dem Mandat viel Aehnlichkeit hat, welches im Preußischen Bagatellprocesse erlassen wird.

Es unterscheidet sich dies Hannoversche Mahnverfahren von dem Preußischen Mandatsprocesse wesentlich dadurch:

1) daß der Widerspruch wie im gemeinen Deutschen Processe die Wirkung des Mandats vollständig beseitigt;
2) daß der Widerspruch auch nach Ablauf der dem Verklagten gesetzten Frist diese beseitigende Wirkung noch so lange hat, bis das Mandat auf weiteren Antrag des Klägers vom Richter für vollstreckbar erachtet ist;
3) daß der Zahlungsbefehl seine Wirkung verliert, wenn seit Behändigung desselben 6 Monate verstrichen sind;
4) daß in außerordentlichen Fällen der Widerspruch des Schuldners auch nach Ablauf der Frist zulässig ist.

Diesem Hannoverschen ist das Mahnverfahren im Sächsischen Entwurfe §. 935 bis 942 und das Verfahren mittelst bedingter Mahnungsbefehle im Art. 635 bis 643 des Baierischen Entwurfs nachgebildet, nur beträgt der entscheidende Betrag im Sächsischen 500 Thaler, im Baierischen Entwurfe aber nur 100 Gulden.

Auch der Hannoversche Entwurf einer allgemeinen bürgerlichen Proceßordnung enthält in den §§. 511 bis 523 ein dem Hannoverschen nachgebildetes Mahnverfahren mittelst bedingten Zahlungsbefehls. Jedoch läßt der Entwurf, wie das bei demselben leider so oft der Fall ist, eine Hauptsache unbestimmt, nämlich den Betrag der Summe, bis zu welcher solche Zahlungsbefehle zulässig sind. Diese Zulässigkeit soll sich nämlich nach der Zuständigkeit des Einzelrichters bestimmen. Die Begrenzung der Zuständigkeit des Ein-

zelrichters fehlt aber im Entwurfe. §. 6 desselben überläßt diese Begrenzung den Landesgesetzen.

Die Commission in Hannover hatte hier die Wahl zwischen zwei Deutschen Systemen:

1) dem einfachen Mahnverfahren nach dem bereits in Preußen und Hannover geltenden Vorbilde, das eigentlich nur als ein Sühneversuch anzusehen ist, weil es durch den bloßen Widerspruch des Verklagten zu einem verunglückten Versuch des Klägers wird, niemals aber zu einem contradictorischen Verfahren oder einer richterlichen Entscheidung führt;

2) dem Mandatsproceß des gemeinen Deutschen Processes, welcher den Mandatsproceß nur ausnahmsweise in bestimmten Fällen zuläßt, dem Schuldner aber nur solche Einreden gestattet, welche er sofort zu begründen im Stande ist.

Das Preußische Mandatsverfahren gleicht dem des gemeinen Rechts. Doch bestimmt es die Fälle der Zulässigkeit des Mandatsprocesses ganz genau, und setzt dem Verklagten gleich eine bestimmte Frist zur Anbringung der Einreden, während im gemeinen Deutschen Recht deren Anbringung bis zur Vollstreckung des Mandats aufgeschoben wird.

Man sieht, daß nach diesem alten Deutschen Verfahren in den aufgeführten Fällen, wenn also die Forderung an sich nicht wohl bezweifelt werden kann, dem Gläubiger ein sehr wirksames Mittel gegeben ist, um illiquide Einreden des Schuldners zu beseitigen. Diese werden zum besondern Proceß verwiesen, auf den es jedoch schlechte Schuldner, und gegen solche wird, wie die Erfahrung täglich lehrt, in der Regel der Mandatsproceß nur angestellt, nur in äußerst seltenen Fällen ankommen lassen.

Es wäre nun doch wohl geboten gewesen, bei Berathung der allgemeinen Deutschen bürgerlichen Proceßordnung in Hannover auch die Frage in Erwägung zu nehmen, ob es nicht rathsam sein möchte, den alten Deutschen Mandatsproceß beizubehalten.

Wie jedoch die Berathungsprotokolle ergeben, ist dieser wesentlichste Punkt in Hannover nicht in Erwägung gekommen, man hat sich nach S. 3297 ff. nur darüber gestritten, ob das Mahnverfahren ohne Beschränkung auf eine bestimmte Summe zuzulassen sei, und zuletzt mit 6 gegen 5 Stimmen beschlossen, daß die Zuständigkeit des Einzelrichters auch die Grenze für das Mahnver-

fahren bestimmen solle. Auch die Sächsischen und Baierischen Motive lassen diese wichtige Frage ganz unerörtert.

Wir wenden uns nun zu den vier Grundprincipien, welche die Motive des Preußischen Entwurfs als solche hervorheben.

Die Schriftlichkeit und Mündlichkeit.

Die Motive sagen: Das Princip der Mündlichkeit hat im Rheinischen Proceßrechte den Sinn, daß die Parteien vor dem Gerichte in öffentlicher Sitzung desselben den Rechtsstreit mittelst mündlicher Vorträge zu verhandeln haben, daß das Gericht nur von demjenigen Kenntniß nimmt, was bei dieser Verhandlung von den Parteien mündlich begehrt und zur Rechtfertigung ihrer Anträge mündlich angeführt wird.

Diese Sätze der Motive sind in so fern nicht ganz richtig, als den Parteien in allen Sachen, die nicht vor den Einzelrichter gehören, im Rheinischen Processe gerade nicht gestattet ist, selbst vor dem Gerichte ihre Sache zu führen, sondern daß sie sich durch Anwalte vertreten lassen müssen. Wir kommen hierauf bei der Besprechung des Anwaltszwanges zurück.

Ueber die Schriftlichkeit bemerken die Motive: „Freilich ist dem Rheinischen Proceßrechte nicht jede Schriftlichkeit fremd. In Processen, welche durch Anwalte zu führen sind -- und diese Processe sind als Regel anzusehen, weil der Anwaltszwang für alle zur Zuständigkeit der ordentlichen Collegialgerichte gehörenden Processe gilt, liegt den Anwälten ob, alle Anträge ohne Unterschied, ob dieselben auf das Endurtheil oder eine Zwischenentscheidung irgend welcher Art sich beziehen, dem Gerichte in schriftlicher Fassung vorzulegen. Das Gericht, obschon nur mündlich vor ihm verhandelt werden darf, befaßt sich doch nur mit solchen Anträgen, welche mündlich gestellt und in schriftlicher Fassung vorgelegt werden. Die Einrichtung, deren Zweck kein anderer ist, als für die richterliche Berathung und noch mehr für die richterliche Entscheidung eine feste und sichere Grundlage zu gewinnen, beeinträchtigt die Einheit des Princips nur in geringem Maaße. Wie wenig dies geschieht, beweist der Mangel von Gerichtsacten, in deren Beseitigung jenes Princip seinen vollen Ausdruck findet, und deren Unterdrückung zugleich ganz besonders geeignet ist, die Reinheit desselben vor einer wesentlichen Beeinträchtigung zu schützen."

Freilich ist die Mündlichkeit bei dem Verfahren eine Nothwendigkeit. Durch ein solches Schlagwort allein läßt sich aber das eigenthümliche Wesen des Processes nicht ausdrücken. Nicht ein noch so beliebtes Modewort darf das maaßgebende Princip einer Proceßordnung sein. Bei deren Abfassung muß vielmehr das praktische Bedürfniß leiten. Man muß jedes sich darbietende Mittel benutzen, welches dazu dienen kann, die gerechte Entscheidung des Rechtsstreites herbeizuführen. Es ist nicht richtig, wenn die Motive das Princip der Mündlichkeit als den Gegensatz der Schriftlichkeit ansehen, und blos deshalb die Schriftlichkeit für schädlich halten.

Auch der Preußische Entwurf vermag es nicht, die Schrift aus dem Processe ganz zu entfernen. Er beschränkt die Schriftlichkeit nur auf die bei der mündlichen Verhandlung übergebenen schriftlichen Anträge.

Es ist nicht abzusehen, warum das Verfahren nicht so eingerichtet werden darf, daß auch die von den Parteien in ihren gewechselten Streitschriften abgegebenen Erklärungen nach Möglichkeit benutzt werden. Die Motive sprechen unendlich oft von der Mündlichkeit, niemals aber von der Gründlichkeit. Nun gehört allerdings die Gründlichkeit nicht zu den modernen Schlagwörtern; nach guter Deutscher Sitte gilt sie aber von jeher als ein bei Ordnung des Proceßverfahrens hauptsächlich in's Auge zu fassendes Erforderniß. Die Gründlichkeit der Entscheidung kann aber nur dabei gewinnen, wenn das Gericht selbst in den Besitz der Proceßschriften kommt, und dadurch die Richter in den Stand gesetzt werden, die Sachlage und die einschlagenden Rechtsfragen unmittelbar an der Quelle und schon vor der mündlichen Verhandlung kennen zu lernen und zu überdenken.

Nach dem Preußischen Entwurfe ist der Inhalt der gewechselten Proceßschriften für das Gericht so gut wie gar nicht vorhanden. Die Parteien haben deshalb auch keine Veranlassung, auf deren Inhalt besonderes Gewicht zu legen. Je dürftiger ihr Inhalt ist, je weniger kann er ihnen schaden. Nutzen kann die Partei von ihren Erklärungen in den Proceßschriften kaum erwarten. Sie arten deshalb in eine bloße Formalität aus, wie dies auch die angesehensten Französischen Processualisten bezeugen. So bemerkt Raymond Bordeaux in seiner Preisschrift: Depuis longtemps la suppression de ces pièces plus compromettentes est reclamée par tous les auteurs

compétents. Sehr glaublich erscheint es daher auch, wenn Geib S. 75 seiner Schrift: „Die Reform des deutschen Rechtslebens", sagt:

„Wer auch nur einer oder der andern Sitzung Französischer Gerichte beigewohnt hat, wer nur einmal mit einem Französischen Advocaten sich in ein Gespräch eingelassen hat, dem muß die Lehre von den sogenannten moyens d'audience klar geworden sein; gerade die schärfsten Waffen, gerade diejenigen Argumente, wodurch man den Gegner am meisten außer Fassung zu bringen, wodurch man am ehesten den Sieg zu erringen hofft, läßt man in den Anträgen unberührt, oder deutet sie doch, wenn man mindestens den Schein der Ehrlichkeit retten will, nur in so unbestimmten und geschraubten Ausdrücken an, daß sie sich höchstens errathen, keineswegs aber offen erkennen lassen."

Legt man mit dem Preußischen Entwurfe in Französischer Weise nur Werth auf das gesprochene Wort, so kommt Alles auf den momentanen Eindruck der Rede an, die den Richter und den Gegner zu überraschen suchen muß, um einer schlechten Sache zum Siege zu helfen. Dies ist der Triumph des Advocaten. Es liegt in der Natur der Sache, daß das rein mündliche Verfahren, wie es der Preußische Entwurf im Auge hat, solche Triumphe befördert. Während den Franzosen solche glänzende Triumphe des Moments imponiren, und es nicht ihre Sache ist, über den Schaden, den die wahre Gerechtigkeit dadurch erleidet, sich trübe Gedanken zu machen, kann sich der Deutsche des Nachdenkens über die nachtheiligen Folgen solcher glänzenden Reden nicht erwehren. Wir lieben nicht solche oratorische Effecte, sondern sehnen uns nach Einrichtungen, welche eine gründliche und ruhige Erwägung des Rechtsstreites herbeizuführen am geeignetsten sind.

Dazu dient nun aber nichts so sehr als die Schriftlichkeit. Die Klage, die Klagebeantwortung, die Erwiederung hierauf u. s. w. sind nach unseren Deutschen Begriffen wesentliche Stücke des Processes, und mit Recht. Gerade diese Schriftstücke und ihr Inhalt sind vor Abgabe der Erklärungen am ruhigsten überlegt, die Parteien selbst sind im Stande, die von ihren Sachwaltern in solcher Weise abgegebenen Erklärungen zu prüfen und zu billigen. Der Richter kann also auf keine andere eben so zuverlässige Weise die wahre Willensmeinung der Streitenden in Erfahrung bringen. Man nahm deshalb bisher bei uns an, es sei nicht möglich, daß das Gericht den Streit entscheide, ohne von dem Inhalt der ge-

wechselten Proceßschriften genaue Kenntniß zu nehmen. Man ging lange Zeit so weit, daß man die Schrift allein als das Mittel ansah, sich dem Richter verständlich zu machen. Der Preußische Entwurf verfällt nun in den entgegengesetzten Fehler, und glaubt, daß der Richter nur hören, nur auf das gesprochene Wort seine Entscheidung stützen dürfe. Freilich sind wir, belehrt durch das Französische und Englische Verfahren, zu der Ueberzeugung gekommen, daß wir zu der Weise unserer Voreltern zurückkehren, daß wir dem Richter auch durch den unmittelbaren mündlichen Verkehr mit den Parteien das Mittel in die Hand geben müssen, sich von der Sachlage Kenntniß zu verschaffen, und zu hören, was die Streitenden für ihre Anträge anzuführen haben.

Folgt denn aber daraus, daß man dem Richter das Hören gestattet, daß er nicht auch seine Augen gebrauchen, daß er nicht auch die schriftlichen Erklärungen lesen darf? Das eine schließt doch das andere nicht aus. Man wird hierbei an den Pudel in der Fabel erinnert, der das Fleisch, das er im Maule trug, fallen ließ, und nach des Fleisches Schatten haschte.

Die Schriftlichkeit in England und New-York.

Wir thun unrecht, wenn wir die gewissen Vortheile, welche uns die Schriftlichkeit des Processes bisher geboten hat, ganz aufgeben wollen, um auch der Vorzüge der Mündlichkeit theilhaftig zu werden. Es ist nicht richtig, daß beide sich gegenseitig ausschließen. So gut dem Richter nicht nur das Ohr zum Hören, sondern auch das Auge zum Sehen und Lesen gegeben ist, und er zugleich hören und sehen kann, so muß er bei Schlichtung des Streites von allen ihm zu Gebote stehenden Sinnen und Kräften gleichzeitig Gebrauch machen. Auch in dieser Beziehung müssen wir unser Vorbild nicht, wie es leider bei Einführung des Schwurgerichts in Deutschland geschehen ist, bei den heterogenen Franzosen, sondern wir müssen es bei den homogenen Engländern suchen. Im Englischen Proceß bilden aber die Klage und die darauf gewechselten Proceßschriften eine feste Grundlage des Streites. Es ist ein Hauptgrundsatz des Englischen Proceßrechts, daß die factischen Behauptungen einer jeden Parteischrift von der Gegenpartei entweder durch demurrer für juristisch unerheblich bezeichnet, oder bestritten, oder durch Anführung neuer Thatsachen entkräftet werden müssen. Dieser Grundsatz hat auch in

Nordamerika Anerkennung gefunden. Nach dem Civilproceßgesetz von New-York, das seiner Vortrefflichkeit wegen, als es für New-York nur noch Entwurf war, schon in Missouri, Mississippi, Kentucky, Iowa und Californien Gesetzeskraft erhalten hat, gilt gleichfalls jede wesentliche Behauptung der Klageschrift, die nicht in der Antwort ausdrücklich bestritten wird, und jede einer Wiederklage zum Grunde liegende wesentliche Behauptung der Antwort, die nicht in der Replik ausdrücklich bestritten wird, in dem Processe als wahr. So hat dort die Schriftlichkeit neben der Mündlichkeit des Verfahrens die ihr gebührende Bedeutung.

Die Schriftlichkeit im Preußischen Processe.

Nachdem wir so ausländische Vorbilder angeführt haben, wird es erlaubt sein zu bemerken, daß auch der Preußische Proceß auf demselben Grundsatze beruht. Denn die in der Klage, Klagebeantwortung u. s. w. vorgebrachten, vom Gegner nicht bestrittenen Thatsachen werden auch im Preußischen Processe für wahr gehalten, sonach gewinnt auch der Preußische Proceß durch das schriftliche Vorverfahren eine feste Grundlage.

Gegen diesen neueren Preußischen Proceß bemerken die Motive S. 8 nur: er stelle sich als ein schriftlicher Proceß verbunden mit einem mündlichen Schlußverfahren dar, so zwar, daß die Fälle, in denen auf die Klage sofort der Audienztermin anberaumt wird, nur die einzige Besonderheit zeigen, daß die Anführungen der Parteien anstatt in besonderen Schriftsätzen im Audienzprotokolle fixirt werden.

Eine recht eingehende Würdigung des jetzigen Preußischen Processes, seiner Nachtheile und seiner Vorzüge, im Vergleiche zum Französischen Verfahren, finden wir weder hier noch an anderen Stellen der Motive. Es genügt den Motiven, anzuführen, daß der Preußische Proceß in seiner jetzigen Gestaltung als ein schriftlicher Proceß, nur verbunden mit einem mündlichen Schlußverfahren, anzusehen sei, um denselben als völlig unbrauchbar zu beseitigen.

Als ob der Gesetzgeber ein Experiment zu machen, und wie der Chemiker einen Stoff, so die Idee der Mündlichkeit im Processe nur in möglichster Reinheit darzustellen hätte. Der Gesetzgeber darf aber keine Einrichtung beseitigen, welche sich bisher als praktisch bewährt hat. Dies gilt auch von der Schriftlichkeit im Civilprocesse. Sie ist nichts weniger als der Gegensatz der Münd-

lichkeit. Es ist weit richtiger, wenn man die Schriftlichkeit und die Mündlichkeit als diejenigen beiden Factoren ansieht, welche im Civilproceß angemessen zu verbinden sind, um den Richter so rasch, aber auch so gründlich als möglich, zur Entscheidung des Rechtsstreites zu befähigen.

So wie es ein großer Mißgriff unserer Voreltern war, als sie die Mündlichkeit aus dem Deutschen Proceß verschwinden ließen, so will man jetzt den entgegengesetzten Fehler machen, und auf den Nutzen ganz verzichten, der sich im Processe aus den gewechselten Proceßschriften ziehen läßt. Während unsere Gesetzgebung so schwankend hin- und hertastet, hat man in England niemals bezweifelt, daß im Civilprocesse die Schriftlichkeit mit der Mündlichkeit in die richtige Verbindung zu bringen ist, und beide Mittel möglichst zu benutzen sind.

Wenn nun im Französischen Processe, wo sich der Richter hütet, von dem Inhalte der Streitschriften Kenntniß zu nehmen, der Werth dieser Schriften ein äußerst geringer ist, so haben dagegen die Proceßschriften im Englischen, Nordamerikanischen und Deutschen Processe, wo sie bei Gericht eingereicht werden, eine große Bedeutung.

Wissen nämlich die Parteien, daß ihre Erklärungen in den Proceßschriften nicht blos für den Gegner, sondern daß sie auch für den Richter bestimmt sind, so tragen die Streitenden Sorge, daß auch diejenigen Thatsachen, welche sie bei der mündlichen Verhandlung für sich anführen wollen, nicht nur schon in den Streitschriften vorkommen, sondern daß sie dort auch in das rechte Licht gesetzt werden, damit der Richter, der die Streitschriften liest, gleich den rechten Eindruck gewinne und diese Behauptungen bei der Entscheidung zu Gunsten des Behauptenden in's Gewicht fallen lasse.

Die Erfahrungen über die reine Mündlichkeit in Frankreich.

Diese sind auch nicht von der Beschaffenheit, um die mit der Schriftlichkeit verbundenen Vortheile für die reine Französische Mündlichkeit aufzugeben. Gerade diese reine Mündlichkeit erleidet in Frankreich wegen der mit derselben daselbst gemachten leidigen Erfahrungen ernste Angriffe.

So klagt Lavielle, Rath beim Cassationshofe in Paris, in seinen Études sur la procédure civile, nécessité de reviser le

Code de 1806 über den großen Mangel an Gründlichkeit in den Französischen Erkenntnissen. Er sagt z. B.:

„à part les erreurs de doctrine, qui dans les questions controversées peuvent échapper aux esprits les plus attentifs, combien seraient aisément prévenues ces erreurs nombreuses de fait et de droit, qu'on peut appeller matérielles, accidentelles, improvisées et qui tiennent une si large part dans la statistique des réformations et des cassations."

Wie kommt es nun, daß solche Flüchtigkeiten, die in Frankreich so häufig sind, in Deutschland und in Preußen erfahrungsmäßig so selten vorkommen? Es liegt dies nicht blos in dem verschiedenen Volkscharakter, sondern auch in den verschiedenen processualischen Einrichtungen. Vor allem Andern beruht diese Gründlichkeit der Deutschen Urtheile auf der gewissenhaften Benutzung des Inhalts der Streitschriften. Als der Deutsche Proceß noch ausschließlich auf dem Principe der Schriftlichkeit beruhte, war es die Aufgabe des ernannten Berichterstatters, die Acten zu studiren und deren Inhalt dem Collegium vorzutragen, wie das früher auch in Frankreich geschah.

Ernennung eines Berichterstatters.

Bei Einführung der Mündlichkeit hat man aber diese Einrichtung in Preußen nicht wie in Frankreich ganz fortfallen lassen, sondern beibehalten. Diese Benutzung der Streitschriften sehen die Motive, weil sie gegen das Princip der reinen Mündlichkeit verstoßen, als einen Fehler an. Sie sagen S. 6 und 7:

1) Der schriftliche Vortrag in den Proceßschriften öffne den Parteien den Weg, durch gewundene Auslassungen die Wahrheit zu verhüllen und durch zweideutige Erklärungen einem verschiedenen Verständniß Raum zu lassen.
2) In den Streitschriften würde Erhebliches und Unerhebliches in bunter Reihenfolge angeführt, wodurch sich das Actenmaterial ungebührlich häufe.
3) Das Actenstudium werde zu einer Kunst, die erlernt werden müsse. Es sei an sich schon ein Uebelstand, daß ein solches Studium der Acten erforderlich sei.
4) Nehme nur der Referent von dem Inhalte der Acten Kenntniß, so seien die übrigen Mitglieder auf Anhörung des Re-

ferats beschränkt, dessen Vollständigkeit und Treue nur auf dem einseitigen Urtheil des Referenten beruhe.

5) Der Referent erlange auf die Beurtheilung des Falles einen überwiegenden Einfluß, da er meist nicht allein das thatsächliche Material vollständiger beherrschen, sondern auch in Ansehung der rechtlichen Prüfung weit gründlicher verarbeitet in die Berathung eintreten werde, wobei die Vortheile der collegialischen Urtheilsschöpfung unfehlbar zum Theil verkümmern müßten.

Hiergegen ist nun zu bemerken:

Zu 1) Es kommt allerdings vor, daß sich in den Streitschriften gewundene Auslassungen und zweideutige Erklärungen vorfinden. Der Referent hat aber gerade die Aufgabe, hierauf zu achten, damit bei der mündlichen Verhandlung eine unumwundene Auslassung und eine unzweideutige Erklärung herbeigeführt werde.

Zu 2) Es ist aber nicht richtig, daß durch die Streitschriften das Actenmaterial **ungebührlich** vermehrt werde. Es war diese Behauptung begründet, so lange das schriftliche Verfahren das ausschließliche war, und auch die **Rechtsausführungen** schriftlich erfolgten.

Da aber jetzt die Rechtsausführungen mündlich erfolgen, müssen sich die Streitschriften auf **thatsächliche** Ausführungen beschränken. Freilich kommt neben dem Erheblichen auch Unerhebliches vor. Es ist indeß gerade die Aufgabe des ernannten Berichterstatters, das Erhebliche auszusondern und dadurch die Uebersicht der Sachlage zu fördern.

Hält man daran fest, daß die Streitschriften die besonders überlegten und deshalb zuverlässigsten Erklärungen der Streitenden enthalten, so muß ein Mittel wie der Vortrag des Referenten willkommen sein, welches den wesentlichen Inhalt derselben übersichtlich wiedergiebt. Ist der Bericht, wie dies in erster Instanz bei besonders verwickelten Sachen zu geschehen pflegt, in zweiter Instanz aber in allen Fällen geschieht, schriftlich abgefaßt, so erleichtert er dem Vorsitzenden, welchem der Bericht mit den Acten vorgelegt wird, die diesem obliegende schwierige Pflicht, bei der mündlichen Verhandlung durch angemessene Fragen dafür zu sorgen, daß die in den Streitschriften abgegebenen Erklärungen, welche bei der mündlichen Verhandlung von den Parteien etwa vorgebracht worden, zur Erörterung zu stellen.

Zu 3) Das Actenstudium ist nicht eine so schwer zu erlernende Kunst, wie die Motive glauben. Dies Studium verlangt nur Sorgfalt und Rechtskenntnisse, also Erfordernisse, die mit Recht an jeden Richter gestellt werden. Es ist aber auch an sich kein Uebelstand, daß ein solches Studium der Acten verlangt wird, wie die Motive so unbefangen aussprechen. Es ist freilich bequemer für den Richter, wenn er sich, wie in Frankreich, um den Inhalt der Streitschriften nicht zu bekümmern braucht. Aber es ist ein wirklicher Uebelstand, wenn unter dieser Bequemlichkeit des Richters die gründliche Erörterung der Sachlage leidet. Die Motive legen freilich auf diesen großen Uebelstand gar kein Gewicht.

Zu 4) Geradezu unrichtig behaupten wieder die Motive, daß die übrigen Richter auf die Anhörung des Referats beschränkt werden. Die Richter hören ja die Vorträge der Parteien selbst, und hören aus deren Munde, wie die Sache liegt.

Der Entwurf tritt aber auch selbst mit diesen seinen Motiven, welche sich hier im Allgemeinen so sehr gegen die Ernennung und die Thätigkeit der Referenten aussprechen, in einen merkwürdigen Widerspruch, wenn nach §. 674 des Entwurfs die mündliche Verhandlung über die Nichtigkeitsbeschwerde sogar mit dem Vortrage des Berichterstatters beginnen soll.

Diese auffallende Inconsequenz läßt sich nur dadurch erklären, daß die Französische Gesetzgebung sich einer gleichen Inconsequenz schuldig macht. Hätte die reine Mündlichkeit wirklich die großen Vorzüge, welche ihr die Motive beilegen, so sieht man nicht, warum der Entwurf diese Vorzüge nicht auch der dritten Instanz in vollem Maaße zu Gute kommen läßt.

Zeit der Berichterstattung.

Dagegen scheint dieser in Frankreich bei dem Cassationsrecurs die mündliche Verhandlung eröffnende Vortrag des Berichterstatters nicht an seiner Stelle zu sein. Im Preußischen Processe beginnt die mündliche Verhandlung sogar in allen Instanzen mit einem solchen Berichte des Referenten. Die Erfahrung lehrt aber, daß ein solcher Vortrag oder gar die Vorlesung des schriftlich abgefaßten Berichts eine weit angestrengtere Aufmerksamkeit bei den Richtern verlangt, als das Auffassen der eigenen Vorträge der Streitenden. Auch werden die Richter leicht veranlaßt,

diesem einleitenden Vortrage des Berichterstatters nicht ihre volle Aufmerksamkeit zu schenken, weil sie wissen, daß die Parteien in ihren Vorträgen doch wieder auf die Sachlage zurückkommen. Die Richter können so doch später noch diejenigen Streitfragen in Erfahrung bringen, auf deren Entscheidung es demnächst allein ankommt.

Die Parteien verlassen sich wieder bei ihren Vorträgen oft darauf, daß die Richter dem einleitenden Berichte ihre volle Aufmerksamkeit geschenkt haben, und setzen so bei ihren Vorträgen die vollständige Kenntniß der ganzen Sachlage bei den Richtern voraus, die ihnen aber in der That noch fehlt.

Aus diesen Gründen würde es besser sein, wenn man den Vortrag des Berichterstatters bei der mündlichen Verhandlung ganz wegfallen ließe, so daß die Parteien die Sachlage und die Behauptungen, auf welche sie ihre Anträge stützen, selbst den Richtern bei der mündlichen Verhandlung vorzutragen haben, während im Falle der Contumaz der einleitende Vortrag des Berichterstatters bei der mündlichen Verhandlung nöthig ist. Darin wird noch bei Besprechung des Versäumnißverfahrens die Rede sein. Vom allergrößten Nutzen ist aber der Berichterstatter demnächst bei der Berathung des Gerichts in allen Fällen, wenn auch die Parteien gegenwärtig waren und die Sache vorgetragen haben.

Zu 5) Es ist aber endlich auch die Behauptung der Preußischen Motive nicht zuzugeben, daß nur der Referent als solcher einen überwiegenden Einfluß auf die Entscheidung gewinne. Der Vorsitzende ist vielmehr durch die genaue Kenntniß des Inhalts der Acten in dieselbe günstige Lage versetzt wie der Referent.

Man behauptet jedoch nicht selten, um die Vorzüge des Französischen und Rheinischen Processes begreifen und einsehen zu können, müsse man selbst ein Franzose oder Rheinländer sein, der allein im Stande sei, aus Erfahrung über die Vortheile des Französischen und Rheinischen Verfahrens ein richtiges Urtheil fällen zu können.

Es ist das eine Wendung, durch welche Leute, welche von ihren einseitigen Ansichten ganz erfüllt sind, die Aufstellung von neuen Gesichtspunkten und anderen leitenden Grundsätzen ohne Weiteres abzuschneiden suchen. Solche Leute vermögen nicht ihren beschränkten Gesichtskreis zu erweitern, um eine höhere Stellung zu gewinnen, welche sie erst befähigt, die allgemein leitenden Grund-

sätze zu erkennen. Hierzu ist allemal auch eine vielseitige Bildung und ein umfassendes Studium unumgänglich nöthig. Hören wir

Geib: über die Rheinischen Juristen.

Er sagt in seinem im Jahr 1848 erschienenen Werke: „Die Reform des Deutschen Rechtslebens", S. 184 Folgendes:

„Weil man darüber einig ist, daß sowohl unser Civil- wie unser Strafproceß in Zukunft auf dem Princip der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, und der letzte überdies auf denen der Anklageschaft und des Geschworeneninstituts beruhen soll, also, wie man sich einbildet, genau auf denselben Grundsätzen, die seit der Reception des Französischen Rechts ja schon in den Rheinlanden gelten: so sei eben, meint man, auch nichts natürlicher und näher liegend, als gerade an diese Rheinländer sich zu wenden und ihnen, die als Richter, Staatsprocuratoren und Sachwalter sich durch unmittelbare Anschauung und Erfahrung mit jenen Grundsätzen bereits bekannt gemacht hätten, die Redaction unserer Proceßgebung zu übertragen....

„Allerdings glaube ich, daß wir auch die Erfahrungen der Rheinischen Juristen benutzen und daß wir auch ihnen in unseren Proceßgesetzgebungs-Commissionen gewiß einen Sitz einräumen müssen; aber was ich als unpassend und verkehrt betrachte, ist das, daß man dieselben gerade als Diejenigen ansehen will, denen hier die eigentliche Hauptstimme gebühre....

„Mein Grund ist kein anderer, als daß es denselben, so weit hier immer meine persönlichen Bekanntschaften und Erfahrungen reichen, eben schlechthin an den Eigenschaften gebricht, welche für einen Gesetzgeber unentbehrlich sind.

„Was hier gleich die erste und eigentliche Cardinaleigenschaft betrifft, jene Achtung und gewissermaßen heilige Scheu vor dem Rechtsbewußtsein des Volks, so dürfen wir es gerade schon um deswillen bei den Rheinländern nicht erwarten, weil ja ihr eigener Rechtszustand kein natürlicher und aus ihnen selbst herausgewachsener, sondern ein fremder und willkürlich gemachter ist. Gleich wie ihnen die Französischen Codes durch Napoleonischen Machtspruch gegeben sind, und wie sie bisher in Folge einer eben so merkwürdigen als freilich aus ihrer ganzen sonstigen Lage sehr erklärlichen Verkehrtheit noch nicht einmal daran gedacht haben, neben jenen Codes

auch noch eine andere, auf einem unmittelbaren Volksbewußtsein beruhende Quelle des Rechts selbst nur für möglich zu halten, so ist nichts begreiflicher, als daß sie sich einbilden müssen, auch im übrigen Deutschland bestehe genau dasselbe Verhältniß, ja es sei etwas höchst Natürliches und Nothwendiges, daß das Recht gerade erst durch das Gesetz geschaffen werde, und es habe somit auch der Gesetzgeber sich um das bisherige Rechtsleben eines Volks nicht mehr zu bekümmern, als es die Redactoren der cinq Codes hinsichtlich des Rechtslebens der Rheinlande gethan hatten. Genug, die Rheinischen Juristen stehen hier noch unbedingt auf dem Standpunkte, der am Ende des vorigen und im Anfange des gegenwärtigen Jahrhunderts für den richtigen gehalten wurde, und alles dasjenige, was wir der tieferen und würdigeren Auffassung der neuesten Zeit hier zu verdanken haben, ist für sie so gut wie nicht vorhanden. Jedoch selbst abgesehen davon, haben denn die Rheinischen Juristen auch nur eine genauere Kenntniß von den Rechtszuständen in dem übrigen Deutschland, und sind sie denn auch nur im Stande, zwischen dem Französischen und Deutschen, und was insbesondere den Strafproceß angeht, zwischen dem Französischen und Englischen Recht einen Vergleich anzustellen und die Vorzüge des einen und des andern gehörig zu würdigen und abzuwägen? Ich muß entschieden mit Nein antworten. Einer der ausgeprägtesten Züge im Charakter der Rheinländer, worauf sie sich ja selbst immer so viel zu Gute zu thun pflegten, ist ihre vorherrschend praktische Richtung, und in Folge davon dann jene ausschließliche Beschäftigung derselben mit solchen Gegenständen, die für den unmittelbaren Gebrauch einen Nutzen versprechen. Wie könnte es uns wundern, wenn nun auch gerade ihre Juristen sich lediglich mit den ja allein zur Anwendung zu bringenden Codes befassen, das Studium des Deutschen oder gar des Englischen Rechts aber, als außerhalb ihres Kreises liegend, eigentlich ganz vernachlässigen? Allein noch mehr: gleichsam um diese ihre Einseitigkeit zu rechtfertigen, um sich gewissermaßen in ihrem Gewissen zu beruhigen, oder auch in Folge jenes natürlichen Gefühls, daß man diejenigen Eigenschaften und Kenntnisse, welche man sich einmal erworben hat, auch möglichst hoch zu taxiren sucht, finden wir, ich möchte es fast ohne Beschränkung aussprechen, bei sämmtlichen Praktikern der Rheinlande zugleich eine so maaßlose Ueberschätzung des Französischen Rechts und eine so souveräne Verachtung jeder nicht Französischen Jurisprudenz, daß dieselben zu

einer unbefangenen Prüfung und Würdigung, zu einer legislativen Abwägung der desfallsigen Vorzüge und Nachtheile schon von vornherein als unfähig erscheinen."

Anstatt noch weiter anzuführen, was Geib zur Begründung dieses harten Urtheils über seine Landsleute sagt, kehren wir zur Besprechung der Nützlichkeit von Berichterstattern im Proceß um so lieber zurück, als wir in der glücklichen Lage sind, für die ausgesprochenen Ansichten uns sogar auch auf eine gewichtige Französische Autorität berufen zu können. Es ist dies wieder Lavielle, welcher in seinen erwähnten „Études sur la procédure civile" gerade die jedesmalige Bestellung von Referenten empfiehlt, welche der Entwurf für die erste und zweite Instanz nur im Falle der Aussetzung der Berathung des abzufassenden Erkenntnisses zulassen (§. 339), im Uebrigen aber abschaffen will, weil diese Einrichtung sich nicht mit dem Französischen Processe, den man bei uns einführen will, vertrage.

Zu 3) Während die Motive das Actenstudium der Referenten als einen Uebelstand darstellen, betrachtet es Lavielle S. 236 als einen Vorzug: si l'habitude des rapports s'introduit dans les compagnies judiciaires, c'est à dire l'habitude d'un travail obligé en d e h o r s d e l ' a u d i e n c e, d'une étude approfondie, d'une méditation sérieuse, toutes choses, qui font les bons juges et les bons sentiments.

Indem Lavielle die Vorschrift der Genfer Proceßordnung bespricht, wonach a l l e Richter die Acten vor der mündlichen Verhandlung lesen sollen, sagt er Seite 233:

Ce mode serait de beaucoup préférable au mode actuel, d'après lequel tous les juges montent sur leur siège sans avoir la moindre connaissance des affaires qui vont leurs être soumises, sans que l'un d'eux ait pris lecture d'une seule pièce et puisse éclairer ses collègues; on leur jette à l'improviste des questions ardues, souvent jugées de même.

u. S. 225:

I l y a d e s i n d u l g e n c e s p o u r c e u x q u i l i s e n t t o u t e s l e s p i è c e s, disait on autrefois au palais, comme pour montrer qu'à ce prix s e u l e m e n t on pouvait pénétrer dans tous les plis et replis d'une affaire contentieuse.

Zu 4) Indem Lavielle die Ernennung eines Berichterstatters für alle Proceßsachen empfiehlt, bezieht er sich auf den Code selbst, der in vielen besonderen Fällen eine solche Ernennung anordnet.

Er empfiehlt die Verallgemeinerung dieser Anordnung S. 222 mit folgenden Worten:

L'expérience, d'accord avec la loi révèle en effet chaque jour les aventages d'un rapport préalable. Il est reconnu nécessaire partout où il y a un point contentieux à discuter ou à resoudre. Il est le complément et le résumé de toute instruction, de toute procédure, la base essentielle de toute délibération.

Voyez au conseil d'État, à la cour de cassation, à la cour des comptes, dans les assemblées délibérantes à tous les degrès, chambres législatives, conseils généraux, d'arrondissement, de commune etc. un rapport précède et prépare toujours la décision à rendre.

Mais la nécessité de ce rapport ne se fait sentir nulle part aussi impérieusement, que dans les affaires judicieuses.

Il n'en est pas en effet, qui exigent une étude plus patiente, plus religieuse. Il s'agit de rendre la justice: Jus suum cuique, tribuere. Il s'agit de découvrir la vérité au milieu de ce dédale de faits et de lois, où l'on essaye si souvent de la tenir cachée.

Avec le rapport, les accidents, les méprises, les surprises d'audience, deviennent bien difficiles, si non impossibles.

Le rapporteur, maître de l'affaire aussi bien que les avocats, parcequ'il l'a étudié comme ceux dans le silence du cabinet et à la même source, c'est à dire dans le dossier, seule étude complète et rassurante prévient aisément ces collègues contre les entrainements de la parole, il calme et refroidit la discussion animée de l'audience, il confirme ou rectifie les premières impressions, trop rapidement perçues; il éclaire les faits indécis, relit les notes dont le sent est constaté, vérifie à l'avance les citations et leur applicabilité, fait de nouvelles recherches, découvre quelquefois des aperçus nouveaux, et apporte dans la délibération non pas un avis improvisé sous le feu des plaidoiries, mais une opinion réfléchie, lentement formée à la lecture souvent répétée de chaque pièce.

Zu 5) Was endlich die Befürchtung eines gefährlichen Einflusses des Referenten auf die Berathung und Beschlußfassung angeht, so sagt Lavielle S. 235:

Crainte chimérique, démentie par l'expérience de chaque jour. Si imposante que soit l'opinion du rapporteur, elle ne triomphe pas toujours de celle de ses collègues. Il n'est pas rare quel la

discussion le ramène lui-même, car dans ce moment solemnel où s'accomplit l'œuvre de la justice humaine, les vaines inquiétudes de l'amour propre sont complétement absorbées par celles plus impérieuses de la conscience.

Et puis, est il donc si regrettable, que le rapporteur exerce quelque influence sur la délibération; l'influence d'un travail plus complet, d'une étude plus approfondie? Cette influence légitime, est dont l'aveu même un argument de plus en saveur des rapports, Ne peut elle point dans certains cas, contre-balancer heureusement d'autres influences exceptionelles de talent ou de position bien plus dangereuses encore? Tous les magistrats nous comprennent.

Die großen Nachtheile des Französischen Princips der reinen Mündlichkeit, welchem der Preußische Entwurf nachstrebt, sind von diesem erfahrenen Französischen Richter so einleuchtend und lebendig geschildert, daß man sieht, wie sehr man auch in Frankreich diese Mängel fühlt. Er ersehnt als ein unfehlbares Mittel gegen die unverkennbaren Gefahren der reinen Mündlichkeit die Ernennung eines Berichterstatters, die man bei uns gerade deshalb abschaffen will, weil sie sich mit der so sehr gepriesenen Französischen reinen Mündlichkeit nicht verträgt!!

Einen sehr erheblichen Vortheil gewährt die Ernennung des Berichterstatters aber auch bei dem Versäumnißverfahren.

Versäumnißverfahren.

Hat nämlich der Verklagte sich auf die Klage bereits eingelassen und bleibt demnächst bei der mündlichen Verhandlung eine Partei ganz aus, so kann nach dem Princip der Preußischen Motive, daß der Richter nur durch Hören der Parteien von den Erklärungen derselben Kenntniß erlangen darf, eben nur die anwesende Partei vernehmen. Den Abwesenden kann der Richter nicht hören. Daraus folgt, daß die bereits in den Streitschriften von der ausgebliebenen Partei abgegebenen Erklärungen vom Gericht ganz ignorirt werden müssen. Dem entsprechend bestimmt auch §. 371 des Preußischen Entwurfs, daß in einem solchen Falle bei Abfassung des Versäumnißurtheils das Sachverhältniß für richtig anzunehmen hat, wie es von der gegenwärtigen Partei vorgetragen wird. Alle Angriffs- und Vertheidigungsmittel des Gegners, welche der Erschienene nicht erwähnt, sollen für zurückgenommen gelten.

Es ist dies eine große Härte. Ein um so ärgerer Verstoß gegen den Grundsatz: audiatur et altera pars, als in diesem Falle die altera pars sich bereits hat vernehmen lassen. Das Gericht aber thut, als wenn das gar nicht der Fall wäre.

Indeß kann dies Versäumnißurtheil nach dem Entwurfe und dem Französischen Rechte durch Erhebung des bloßen Einspruchs, der mit nichts weiter begründet zu werden braucht, beseitigt werden. Es liegt also auf der Hand, daß ein solches Versäumnißurtheil höchst ungefährlich und dies ganze Verfahren wie gemacht ist, um die Entscheidung der Sache hinzuhalten, da die Erhebung des Einspruchs die Sache eben dahin bringt, als wenn die Versäumniß gar nicht eingetreten wäre.

Dies Mittel, die Processe zu verschleppen, fällt dagegen im Preußischen Processe fort. Dieser ist zwar auch darauf berechnet, daß das Gericht bei der mündlichen Verhandlung von den Parteien selbst hört, was sie wollen und wie sie ihre Anträge begründen. Machen aber die Parteien von dieser ihnen zustehenden Befugniß keinen Gebrauch, so nimmt das Gericht doch bei Abfassung des Versäumnißerkenntnisses auch auf die bereits erfolgten Auslassungen der ausgebliebenen Partei Rücksicht. Der einleitende Vortrag des Berichterstatters in der Sitzung dient dazu, die Richter mit dem Inhalte der bereits erfolgten Auslassungen bekannt zu machen. Das Versäumnißurtheil wird dann unter Berücksichtigung der bereits erfolgten Auslassungen des Ausgebliebenen, also der wahren Sachlage entsprechend, abgefaßt. Sonach wird durch das bloße Ausbleiben der Zweck des Audienztermins nicht wie im Französischen Processe ganz vereitelt. Das Ausbleiben hat nur die sachgemäße Folge, daß der Ausgebliebene nichts Neues vorbringen und nicht selbst zum Richter sprechen kann. Seine bereits abgegebenen Erklärungen verlieren aber durch das Ausbleiben ihre Wirkung nicht. Gerade um deshalb, weil diese Säumniß im Preußischen Processe nicht wie im Französischen über das richtige Maaß hinaus ausgedehnt wird, bewendet es auch bei diesem Versäumnißerkenntniß. Es bedarf keines besondern Rechtsmittels, wie des Französischen Einspruchs, um die ungerechtfertigten und viel zu weit gehenden Folgen zu beseitigen, welche nach dem Princip der reinen Mündlichkeit der Preußische Entwurf an das Ausbleiben einer Partei, welche sich bereits auf den Proceß eingelassen hat, knüpft.

Die Schriftlichkeit als wesentlicher Theil des Processes.

Es erscheint sonach durchaus verfehlt, die Mündlichkeit als das einzig maaßgebende Princip des Processes darzustellen.

Versteht man unter dem Princip der reinen Mündlichkeit mit dem Preußischen Entwurfe, daß das Gericht nur durch das Gehör von der Erklärung durch die Partei selbst oder deren Vertreter Kenntniß erhalten darf, so ist doch nicht außer Acht zu lassen, daß das Ohr den Klang nicht festzuhalten vermag. Das Wort verhallt, und es ist nur Sache des Gedächtnisses, das Gehörte festzuhalten. Nun haften aber nicht alle Worte im Gedächtniß fest, es bleibt in der Regel nur ein allgemeiner Eindruck derselben übrig, manche Worte werden sogar ganz überhört. Nur die Schrift hält das Wort fest und sichert die wiederholte richtige Auffassung der Erklärungen, welche die Parteien vor Gericht abgeben wollen, für alle folgenden Zeiten.

Dies erkennt auch der Preußische Entwurf an, in so fern er die Anwalte, und nur solche dürfen ja im gewöhnlichen Processe vor Gericht erscheinen, im §. 306 ff. verpflichtet, die Anträge, welche er bei der mündlichen Verhandlung stellen will, schriftlich zu überreichen und schriftlich zu begründen.

Leonhardt hat bereits in seinem zweiten Beitrage der Reform des Deutschen Civilprocesses S. 18 ff. das Mißliche dieser Parteianträge ausführlich besprochen.

Wir wollen hier nur hervorheben, daß diese Schriftstücke, in so fern sie den Inhalt der Streitschriften wiederholen, überflüssig, ja schädlich sind, weil die Wiederholung mit anderen Worten erfolgt, weil diese leicht eine andere Deutung zulassen werden. Nur als Ergänzung können solche Parteianträge dienen, um das Sitzungsprotokoll abzukürzen.

Bilden nun auch im Preußischen und Englischen Processe die gewechselten Streitschriften die Grundlage des Processes, so tritt doch nunmehr noch das mündliche Verfahren zu dem Zwecke hinzu, daß dem Gerichte die Sachlage vorgetragen werde, und die Parteien ihre beiderseitigen Anträge zu begründen suchen.

Es ist bereits als ein Mangel des Preußischen Verfahrens hervorgehoben, daß nicht die Parteien selbst, sondern ein Referent dem Gericht die Sachlage vorträgt. Ein fernerer Mangel ist der, daß die Parteien an den Inhalt ihrer Streitschriften zu sehr ge-

bunden sind. Nach §. 29 der Gesetzeskraft habenden Instruction vom 24. Juli 1833 werden nämlich durch die Klage und die Klagebeantwortung die Grenzen bestimmt, innerhalb deren sich der Rechtsstreit bewegen soll. Es hat der Kläger Alles, was er vom Verklagten verlangt, in seiner Klage, und der Verklagte Alles, was er gegen den Anspruch einzuwenden hat, bei der Beantwortung derselben vorzubringen. Später findet im Laufe desselben Processes keine neue Forderung und keine neue Gegenforderung statt. Der Kläger darf sein Klagefundament nicht ändern, der Verklagte in dieser Instanz keine neue, auf Thatsachen beruhende Einrede vorbringen. Nur in so weit die Klagebeantwortung dem Kläger Veranlassung zur Anführung neuer Thatsachen, und diese dem Verklagten Veranlassung zu deren Widerlegung giebt, bleibt die Erörterung derselben im Fortgange des Processes, d. h. bei der mündlichen Verhandlung des Processes noch zulässig.

Diese Bestimmungen rechtfertigt in gewissem Sinne die in den Preußischen Motiven S. 3 aufgestellte Behauptung, daß der neuere Proceß sich als ein schriftlicher Proceß, verbunden mit einem mündlichen Schlußverfahren, darstellt.

Es muß allerdings den Parteien bei der mündlichen Verhandlung unbeschränkt eine Ergänzung ihrer schriftlichen Anführungen gestattet werden.

Der Zweck der mündlichen Verhandlung ist: daß die Parteien dem Gericht die ganze Sachlage, wie sie die Parteien zur Zeit der mündlichen Verhandlung auffassen, klar darlegen und die ihnen dann angemessen erscheinenden Anträge stellen.

Doch darf man nicht außer Acht lassen, daß die Parteien bereits durch ihre Streitschriften dem Processe eine Grundlage gegeben haben. Daraus folgt, daß, wenn die Parteien, wie ihnen freisteht, ihre früheren Erklärungen ändern, ergänzen oder neue Anträge stellen wollen, sie dies durch eine schriftlich übergebene oder in das Sitzungsprotokoll aufzunehmende Erklärung thun müssen. Unterlassen sie dies, so haben sie es sich selbst zuzuschreiben, daß diese Erklärungen im ferneren Fortgange des Verfahrens nicht berücksichtigt werden.

Nimmt das Gericht eine solche Abänderung der früheren Erklärung bei der mündlichen Verhandlung wahr, und zur Wahrnehmung dessen ist es eben durch die genaue Kenntniß des Berichterstatters und des Vorsitzenden von dem Inhalte der Streitschriften

befähigt, und hält es diese Abänderung für die Entscheidung von Erheblichkeit, so ist der Vorsitzende verpflichtet, die Partei über die Veranlassung dieser veränderten Erklärung zu befragen und das Ergebniß im Protokoll vermerken zu lassen.

In dieser Weise ist dafür gesorgt, daß der Inhalt der Acten mit dem Inhalte der mündlichen Verhandlung übereinstimmt, und die Sachlage des Streites wird in solcher Weise auch für die Zukunft festgestellt.

Wie nothwendig aber eine solche Feststellung ist, das ergiebt sich in vierfacher Beziehung:

1) Die Richter selbst, vor denen die mündliche Verhandlung stattgefunden hat, vermögen bei irgend verwickelten Sachen nicht alle eben gehörten Worte zu behalten. Sie müssen deshalb auf die schriftlichen Erklärungen der Parteien bei ihrer Berathung zurückgehen.
2) Noch weit mehr ist diese Nothwendigkeit vorhanden, wenn zur Berathung und Beschlußfassung eine spätere Sitzung verabredet wird, weil bis dahin viele Einzelnheiten dem Gedächtnisse der Richter entschwunden sind.
3) Unumgänglich erforderlich ist die schriftliche Feststellung der abgegebenen Erklärungen, wenn die Sache längere Zeit nachher, vielleicht nach aufgenommenem Beweise, anderweit beim Gerichte zur Verhandlung kommt, denn die bei der früheren mündlichen Verhandlung abgegebenen Zugeständnisse u. s. w. bilden einen wesentlichen Theil des Rechtsstreites. Am nothwendigsten ist aber die schriftliche Feststellung für den Fall, daß
4) Rechtsmittel eingelegt werden, und der Proceß bei dem höheren Gerichte verhandelt werden soll.

Hiermit im Wesentlichen übereinstimmend, bemerken die Motive zum Badischen Entwurfe von 1863:

„Wenn in der Sitzung nichts Anderes vorgebracht wird, als was in den vorbereitenden Schriften bereits enthalten ist, so gilt selbstverständlich der Inhalt derselben als definitiv bestätigt....

Zunächst ist es Sache der Parteien selbst, auf die schriftliche Feststellung dessen bedacht zu sein, worauf sie in thatsächlicher Beziehung Gewicht legen....

Das Gericht soll ferner von Amtswegen darauf sehen, daß diejenigen neuen thatsächlichen Momente, auf die es bei seiner Entscheidung Gewicht legen will, schriftlich festgestellt werden. Nur

für das ihm unerheblich Scheinende braucht es bezüglich der schriftlichen Feststellung keine Sorge zu haben, sondern kann dieses füglich den Parteien überlassen.

Die Feststellung von Amtswegen kann auf doppelte Weise geschehen; zunächst durch das Sitzungsprotokoll, indem der Vorsitzende die Aufzeichnung eines bestimmten Vorbringens anordnet, oder indem der Anwalt veranlaßt wird, sein Vorbringen schriftlich zu übergeben.

Wenn aber dies bezüglich eines bestimmten Punktes unterlassen ist, und auch die Parteien die schriftliche Aufzeichnung nicht begehrt haben, so folgt daraus noch keineswegs, daß das Gericht bei seiner Berathung auf solches Vorbringen kein Gewicht legen darf. Es kann sich im Laufe der Berathung zeigen, daß der Mehrheit des Collegiums eine bestimmte Erklärung oder Behauptung von großer Erheblichkeit scheint, obwohl sie nicht protokollirt wurde, und warum soll diese Unterlassung ein Hinderniß sein, das Vorbringen zur Entscheidung zu benutzen.

Das Schwierige liegt hier nur darin, daß die Feststellung, wenn sie jetzt erst in den Entscheidungsgründen oder in einer Bemerkung zu den Acten geschehen soll, ohne Mitwirkung und Genehmigung der Parteien geschieht.

Der Entwurf unterscheidet, ob die Richter über die factische Auffassung des fraglichen Punktes einig sind oder nicht. Sind sie darüber einig, so kann man wohl mit gutem Grund der Behauptung des ganzen Collegiums, daß diese oder jene Erklärung vor ihm stattgefunden habe, vollen Glauben beimessen.... Sind dagegen die Richter unter sich in dieser Beziehung nicht einig, so bleibt nichts Anderes übrig, als eine Befragung der Parteien anzuordnen, wenn das Gericht glaubt, daß die Entscheidung der Sache durch das fragliche thatsächliche Moment wesentlich bedingt sei."

Wiederholung des bereits Verhandelten in einem neuen Audienztermin.

Die Preußischen Motive wollen freilich in Französischer Weise die Schwierigkeit in den beiden letzten Fällen dadurch vermeiden, daß sie aus dem Princip der Mündlichkeit folgern, nur dasjenige sei für das Gericht maaßgebend, was das Gericht so eben bei der mündlichen Verhandlung gehört hat. Was es früher in derselben

Sache gehört oder sogar selbst beschlossen hat, das existirt für das Gericht nur, wenn es demselben in der Sitzung wiederholt wird.

So wie nach dem Entwurfe, heißt es S. 68 der Motive, der Richter bei der ersten mündlichen Verhandlung lediglich auf den mündlichen Vortrag der Parteien erkennt, welcher innerhalb der bezeichneten Grenzen durch Parteianträge unterstützt sein muß, so soll derselbe Grundsatz auch hinsichtlich aller ferneren Verhandlungen gelten, so zwar, daß die früheren Parteianträge als mit der früheren mündlichen Verhandlung erledigt anzusehen sind, und nicht weiter in Betracht kommen. Hieraus ergiebt sich, daß die Anwalte zu jeder neuen mündlichen Verhandlung neue und vollständige Parteianträge zu überreichen haben. §. 320 des Entwurfs sagt ausdrücklich: Die der neuen mündlichen Verhandlung zur Grundlage dienenden Parteianträge müssen, wenn schon sie der veränderten Sachlage anzupassen sind, doch so vollständig sein, als wenn das Gericht mit der Sache noch nicht befaßt wäre. Wie viel unnütze Schreiberei wird da den Sachwaltern aufgebürdet. Was soll das Gericht denn aber mit den früheren Parteianträgen und dem Sitzungsprotokoll anfangen? Müssen dieselben, wie Leonhardt fragt, verbrannt oder eingestampft werden? Nach S. 68 der Motive darf deren Inhalt niemals vom Gericht berücksichtigt werden, dazu eignet sich nur dasjenige, was die Anwalte bei der neuen mündlichen Verhandlung geltend machen! Nach S. 67 der Motive geht der Entwurf davon aus, daß Gerichtsacten nicht angelegt werden dürfen, weil zu fürchten sei, daß bei der aus dem schriftlichen Processe herüberkommenden Gewöhnung der Richter, auf die Acten zurückzugehen, denselben und namentlich den für eine frühere Verhandlung bestimmten, mit dieser aber erledigten Parteianträgen eine Bedeutung beigelegt werden würde, welche das Wesen des Verfahrens ändern und den Grundsatz der Mündlichkeit ernstlich gefährden könnte!!

So weit gehen nun zwar

der Baierische und Hannoversche Entwurf

nicht, doch beruhen dieselben im Wesentlichen auch auf dem Französischen Princip der reinen Mündlichkeit, indem das Gericht von den gewechselten Streitschriften keine Kenntniß nimmt, und natürlich auch von Ernennung eines Berichterstatters nicht die Rede ist. Auch diese beiden Entwürfe benutzen die Streitschriften nicht, um

durch dieselben in Verbindung mit dem Sitzungsprotokolle eine feste schriftliche Grundlage des Processes zu gewinnen. Wir finden in beiden Entwürfen im §. 133 des Hannoverschen und Art. 221 zwar die Verpflichtung der Parteien ausgesprochen, dem Gerichte Schriftsätze zu überreichen, welche mit den Parteianträgen des Preußischen Entwurfs Aehnlichkeit haben, wie wenig diese Schriftsätze aber die Streitschriften selbst und deren Studium durch den Berichterstatter und den Vorsitzenden zu ersetzen geeignet sind, das ergiebt sich schon daraus, daß sie nach dem Baierischen Entwurfe dem Gerichte erst bei der Sitzung übergeben, nach dem Hannoverschen Entwurfe aber nur drei Tage vor der mündlichen Verhandlung auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt werden sollen.

Eingehender müssen wir

die Oestreichische Denkschrift

besprechen, weil diese unverkennbar davon ausgeht, die Grundsätze des Deutschen Processes beizubehalten, nicht aber beabsichtigt, den Französischen Proceß seinem Wesen nach in Deutschland zur Geltung zu bringen.

Die Denkschrift verwirft S. 3 ff. die Benutzung der Streitschriften in der von uns angedeuteten Weise, wonach sie die Bedeutung und Wirkung von Proceßhandlungen haben sollen, dem Vortrage bei der mündlichen Verhandlung aber doch die Verbesserung und Ergänzung des schriftlichen Vorbringens zugestanden wird, aus dem Grunde, weil noch immer der Schwerpunkt des Verfahrens in dem *schriftlichen* Theile des Processes bleiben würde; denn dieser müsse, so sagt die Denkschrift, immer dorthin fallen, wo der *Ort* ist zu dem mit processualischer Wirkung und Geltung verbundenen Vorbringen des Streitmaterials.

Dabei läßt nun aber die Denkschrift freilich ganz außer Acht, daß bei dieser Art des Verfahrens gerade die mündliche Verhandlung der Ort ist, wo die Parteien erst die Gelegenheit erhalten, ihre Anführungen mit voller processualischer Wirkung zur Geltung zu bringen, denn wenn auch das Gericht nur aus drei Richtern besteht, so kennen doch nur der Vorsitzende und der Berichterstatter den Inhalt der Streitschrift. Der dritte Richter weiß noch gar nichts von der Sache. Für diesen ist also die mündliche Verhandlung allein der Ort der processualischen Anbringung. Was aber den Berichterstatter und den Vorsitzenden angeht, so lehrt die täg-

liche Erfahrung, daß gerade diese alles dasjenige, was die Parteien bei der mündlichen Verhandlung vorbringen, mit um so größerer Aufmerksamkeit anhören, denn sie sind gerade im Stande, von Anfang an leichter in das Verständniß der Sache einzudringen. Sie können ihr eigenes, bereits auf den Fall vorbereitetes Urtheil sofort an die einzelnen, von den Parteien vorgebrachten Gründe mit größerer Schärfe anlegen, als wenn sie noch damit zu thun haben, sich erst die Thatsachen einzuprägen und zurecht zu legen, welche doch die Träger der Rechtsfragen sind. Darum ist auch für den Berichterstatter und den Vorsitzenden die mündliche Verhandlung recht eigentlich der Ort, wo die Partei ihre Behauptungen erst mit voller Wirkung und der Sicherheit dem Gerichte vortragen kann, daß **jeder** Richter das Vorbringen der Partei **vollständig** vernimmt.

Die Denkschrift erwartet aber auch S. 5 von dem Französischen Principe der Mündlichkeit: die Befreiung des Civilprocesses von der übermächtigen Herrschaft des formellen Rechts, die Möglichkeit einer schnelleren und **zuverlässigeren** Ergründung des im Streite befangenen Rechtsverhältnisses, die Verbesserung des ganzen Geistes der Proceßführung, die Beseitigung des die Civilrechtspflege überwuchernden Systems der Chicanen und Umtriebe, des muthwilligen oder rein formalistischen Widersprechungssystems und der dadurch bedingten zahllosen Beweisführungen.

Die Mittel zur Erreichung dieser Vortheile findet die Denkschrift in der Unmittelbarkeit der Streitverhandlung vor dem erkennenden Gerichte, in der Lebendigkeit und Beweglichkeit derselben, in dem regen Wechselverkehr zwischen dem Gerichte und den Streittheilen, in dem stets wirksamen Einflusse des Gerichts auf die Verhandlung durch Leitung und Concentrirung derselben auf die erheblichen Punkte und durch Ausübung des Fragerechts — endlich in der Oeffentlichkeit der Streitverhandlung.

Alle diese Mittel wirken ja aber in ihrem vollen unbeschränkten Umfange auch bei dem hier in Rede stehenden, dem Englischen, Nordamerikanischen, Preußischen, Badischen und Oldenburgischen Verfahren entsprechenden Proceßsysteme. Woher kommen die Zweifel? Die Denkschrift macht folgende Gründe geltend:

1) Die **Beweglichkeit** der Verhandlung müsse verloren gehen, wenn dieselbe schon durch das schriftliche Vorverfahren in bestimmte Formen gegossen sei.

Aber auch wenn das Gericht von den Streitschriften keine Kenntniß nimmt und nur das mündlich Vorgetragene berücksichtigen soll, wie die Denkschrift befürwortet, wird doch der Proceß durch die Streitschriften schon in feste Formen gegossen, denn es liegt auf der Hand, daß der Gegner bei der mündlichen Verhandlung alle Zugeständnisse, alles ihm Vortheilhafte aus den Streitschriften des Gegners entnehmen und geltend machen wird, so daß jede Partei in so weit schon durch den Inhalt ihrer Streitschriften gebunden ist. Nur für den Richter, welcher die Streitschriften nicht kennt, fehlt die feste Form.

Darin aber steckt eben der Fehler der Proceßsysteme, welche nach der doch unerreichbaren reinen Mündlichkeit strebend, zu Surrogaten (den Parteianträgen) ihre Zuflucht nehmen, anstatt die Streitschriften selbst in Verbindung mit dem Inhalte des Sitzungsprotokolls zur schriftlichen Feststellung der Sachlage zu benutzen.

Gerade diese gepriesene Beweglichkeit des Stoffs, der bei der sogenannten reinen Mündlichkeit nicht gehörig festgestellt wird, führt zu jener nebelhaften Gestaltung, daß jedem Richter ein anderes Wolkenbild des Streites vorschweben kann, weil es eben an einer festen, gemeinsamen, unzweifelhaft feststehenden, schriftlichen Grundlage fehlt.

2) sagt die Denkschrift: Auf Lebendigkeit könne nicht gehofft werden, denn diese sei nur eine Eigenschaft der ursprünglichen Gestaltung, nicht der Wiederholung.

3) Die Unmittelbarkeit werde abgeschwächt, denn die Gerichte werden stets die schriftlichen Acten als ihre eigentliche Erkenntnißquelle ansehen, und

4) wie sollte man von der Leitung und Concentrirung der Verhandlung von dem Fragerechte eine besondere Wirkung erwarten, wenn das ganze Streitmaterial bereits fertig in in den Schriften vorliegt.

Was mit diesen letzten Worten gesagt sein soll, das ist schwer zu verstehen. Wie kann das Streitmaterial fertig vorliegen, wenn es noch in unvermittelten Widersprüchen besteht? Gerade die mündliche Verhandlung ist dazu bestimmt, diese Widersprüche zu beseitigen, oder die einzelnen Streitpunkte klar heraus- und durch den Beweis in's Licht zu stellen. Zu einer wirksamen Ausübung des Fragerechts gehört gerade von vorn herein eine ganz genaue Kenntniß der Sachlage, also das vorherige Studium der Streitschriften.

Was die zu 2 in Abrede gestellte Lebendigkeit des Vortrags angeht, so ist jede Rede vor Gericht in gewissem Sinne nur eine Wiederholung und keine ursprüngliche Gestaltung, weil allemal nicht eine eigene Schöpfung, eine neue Idee der Gegenstand des Vortrags ist, sondern bestimmte vorgefallene Thatsachen Gegenstand des Streites sind. Diese sind aber in jeder Proceßform schon in den gewechselten Streitschriften besprochen, so daß also von einer solchen ursprünglichen Gestaltung des Vortrags, welche der Denkschrift vorzuschweben scheint, vor Gericht nicht wohl die Rede sein kann. Wenn aber zu

3 die Denkschrift mit den Preußischen Motiven die Furcht hegt, daß die Richter trotz der mündlichen Verhandlung stets die schriftlichen Acten als ihre eigentliche Erkenntnißquelle ansehen, so ist das wirklich schwer zu begreifen. Wie sollen die Richter darauf kommen, die Acten einzusehen, wenn die mündliche Verhandlung stattgefunden hat, und alle Richter in der Auffassung des Gesagten einig sind. Wie denkt man sich denn einen solchen Richter, wo soll dessen unerkärlicher Heißhunger auf die Acten herkommen? Verfasser dieses kann aus langjähriger Wahrnehmung bezeugen, daß auch jetzt schon die Preußischen Richter froh sind, wenn sie durch die mündliche Verhandlung vollständig mit der Sachlage vertraut geworden sind, und daß nur, wenn begründete Zweifel über die Richtigkeit einer Auffassung des mündlichen Vortrags bei der Berathung entstehen, der Inhalt der Acten zu Rathe gezogen oder auch eine nochmalige Befragung der Parteien beschlossen wird.

Wenn so schließlich die Oestreichische Denkschrift dazu kommt, anzunehmen, daß nur allein dem mündlich Vorgebrachten eine processualische Wirkung beigelegt, und auch nur das mündlich Vorgetragene der Entscheidung zu Grunde gelegt werden könne, so läugnet sie doch nicht, daß hierdurch der Oestreichischen Civilrechtspflege ein großer Sprung zugemuthet wird, daß dadurch der Weg der organischen Entwickelung verlassen sei.

In solchen principiellen Fragen gebe es aber auch keine Vermittelung. Habe man sich einmal entschlossen, ein neues Princip anzunehmen, dann müsse es auch ganz und mit allen Consequenzen geschehen. Die Erfahrungen, welche in den Ländern gemacht worden, wo die Mündlichkeit in solcher Auffassung zur Geltung kam, ermuthigten auch zur Betretung dieses Weges, welchem die Hanno-

versche Proceßordnung ihre großen Erfolge und die gegründete allgemeine Anerkennung zu verdanken hat, während dort, wo man ängstlich das Princip zu beschneiden und abzuschwächen suchte, die Civilrechtspflege ein kränkelndes Dasein fristet, nach keiner Richtung befriedigt und einer baldigen Reform entgegenharrt.

Wir möchten indeß doch rathen, daß die Oestreichische Civilrechtspflege den ihr zugemutheten Sprung nicht mache, sondern vielmehr den Weg der organischen Entwickelung auch hier nicht verlasse.

Es erscheint sehr bedenklich, das Französische Princip der sogenannten reinen Mündlichkeit anzunehmen und in diesem Punkte mit unserer ganzen Vergangenheit zu brechen. Wir haben gesehen, daß nach den Erfahrungen, welche man in Frankreich gemacht hat, bei diesem Princip die Gründlichkeit der Erörterung und Entscheidung leidet. Diese Erfahrungen ermuthigen nicht dazu, diesen Weg zu betreten.

Wenn die Hannoversche Proceßordnung in Hannover sich des allgemeinen Beifalls erfreut, so darf man nicht vergessen, daß man dort bis zur Einführung dieser Proceßordnung noch mit allen Mängeln des gemeinen Deutschen Processes zu kämpfen hatte, und daß diesem noch in vielen Deutschen Gebieten herrschenden Verfahren gegenüber der Hannoversche Proceß allerdings große Vorzüge bietet.

Dieser Beifall hat seine große relative Berechtigung. Man würde aber zu weit gehen, wenn man ihm einen absoluten Werth zugestehen wollte.

Wenn die Vorzüge des Preußischen Processes nicht so scharf hervortreten, nicht so allgemein in's Auge fallen, so kommt das daher, weil kein so scharfes Licht auf sie gefallen ist. Anstatt sich in so auffallenden Contrasten zu bewegen, wie sie in Hannover aller Welt vor Augen liegen, hat sich der Preußische Proceß organisch, aber unter Festhaltung des Deutschen Princips, allmälig entwickelt. Er ist deshalb naturwüchsig, gedeiht fröhlich und fristet keineswegs, wie die Denkschrift zu glauben scheint, ein kränkelndes, unbefriedigendes Dasein. Wir haben noch nirgend in Preußen den Wunsch nach einer das Princip des Processes ändernden Reform, vielmehr überall gehört, daß unser Proceßverfahren im Princip sich vollständig bewährt hat.

Wohl erkennt man, daß auch der Preußische Proceß auf seiner begonnenen Bahn fortschreiten und sich organisch weiter entwickeln

kann. Noch ist uns aber kein erfahrener Preußischer Rechtsverständiger vorgekommen, der einer solchen organischen Entwickelung unseres bestehenden Preußischen Proceßrechts den vollständigen Bruch mit unserer eigenen reichen Vergangenheit und das Wesen des Französischen Processes vorgezogen hätte.

Der Sächsische Entwurf.

Der Sächsische Entwurf bleibt hier wie überall dem Deutschen Processe treu. So bestimmt §. 575:

Das über die Tagfahrt aufgenommene Protokoll hat die Verhandlungen in gedrängter Kürze anzugeben, übrigens die etwaigen wesentlichen Abweichungen der mündlichen Vorträge von dem schriftlichen Vorbringen und die etwa von den Parteien gestellten Anträge zu enthalten.

Den Parteien ist es unverwehrt, in der Tagfahrt Abweichungen von ihrem früheren schriftlichen Vorbringen mittelst eines schriftlichen, vom Protokollführer zu verlesenden Aufsatzes zu den Acten zu geben.

Sonach dürften sich für den Deutschen Proceß folgende Sätze empfehlen:

1) Die Streitschriften werden dem Gerichte überreicht.
2) Nach beendetem Schriftwechsel wird vom Vorsitzenden ein Berichterstatter ernannt, welcher in besonders verwickelten Sachen auf Anordnung des Vorsitzenden die Sachlage schriftlich darzustellen hat.
3) Wollen die Parteien bei der mündlichen Verhandlung ihre bereits abgegebenen Erklärungen ändern oder ergänzen, was ihnen unbedingt freisteht, in so weit nur die durch die Klage anhängig gemachte Streitsache noch dieselbe bleibt, so haben die Sachwalter dies in zu übergebenden Schriftstücken zu thun, indem sonst diese Erklärungen im weiteren Verlaufe des Processes nicht berücksichtigt werden, wenn das Gericht nicht von Amtswegen die Aufnahme der Erklärung in das Sitzungsprotokoll beschließt. Die Aufnahme solcher Erklärungen in das Sitzungsprotokoll muß dagegen allemal erfolgen, wenn die Partei ihr Recht in Person wahrnimmt, und das Gericht die Erklärungen für erheblich erachtet. In so weit das Sitzungsprotokoll solche Erklärungen enthält, sind dieselben den Parteien vorzulesen.

4) Bei der mündlichen Verhandlung hat der Berichterstatter nur dann die Sachlage auseinander zu setzen, wenn eine Partei ausbleibt und dennoch die Sache verhandelt werden soll.

Wir wenden uns nun zu dem S. 5. der Preußischen Motive besprochenen

Proceßbetrieb durch Vermittelung der Gerichte und unmittelbarer Proceßbetrieb durch die Parteien.

Die Preußischen Motive sagen S. 6: Wird das Princip der Mündlichkeit durchgeführt, so liegt es nahe, die Gerichte auch von der Vermittelung des Proceßbetriebes zu befreien, und so weit die Parteien außer Stande sind, denselben allein zu besorgen, für die betreffenden Geschäfte besondere Beamte anzustellen, die nicht als Organe der Gerichte handeln, mithin auch auf die richterlichen Vorrechte keinen Anspruch machen.

Die Motive behaupten also selbst nicht einmal, daß die vorgeschlagene vollständige Einführung des Princips der reinen Mündlichkeit die nothwendige Folge hat, daß den Gerichten, wie der Entwurf will, der Proceßbetrieb abgenommen werde. Dagegen ist es sogar unrichtig, wenn die Motive S. 6 ferner bemerken: Die Vermittelung des Proceßbetriebes durch die Gerichte würde, weil die damit verbundenen Geschäfte zum größten Theile für das Richteramt wenig passen,*) schwerlich sich ausgebildet haben, wenn sie nicht

*) Aehnlich sagt Leonhardt S. 49 seines zweiten Beitrags zur Reform des Civilprocesses: „In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist die Hauptaufgabe des Richters das Rechtsprechen. Im Interesse dieses wichtigsten Theils des richterlichen Behufs empfiehlt es sich deshalb den Richter von Geschäften zu befreien, deren Erledigung wegen ihrer formellen, mechanischen Natur wissenschaftliche Befähigung, insbesondere juristische Ausbildung nicht erfordert....“.

Diese Beweisführung beginnt aber mit einer petitio principii. Schon der erste Satz setzt das zu Beweisende voraus. Es kann nicht zugegeben werden, daß bei uns die Französische Auffassung gelte: der Richter sei nur zum Rechtsprechen da. Zuletzt muß der Richter freilich auch das Recht sprechen, es ist aber außerdem die Aufgabe des Deutschen Richters, dafür zu sorgen, daß die Processe rasch und sachgemäß ihr Ende erreichen. Darum ist dem Deutschen Richter eben die Leitung des ganzen Processes übertragen.

Daß aber in diesem Deutschen Sinne die Proceßleitung blos formeller und mechanischer Natur sei, das ist eben der Hauptirrthum, in dem die Deutschen Vertheidiger des Französischen Proceßbetriebs befangen sind, und den wir widerlegen wollen.

der Schriftlichkeit des Verfahrens und der hiernach den Gerichtsacten gebührenden Bedeutung entsprochen hätte.

Werde statt der Schriftlichkeit eine andere Grundlage für den Proceß gewählt, so fehle es an jedem Grunde, noch ferner an der Vermittelung des Proceßbetriebes durch die Gerichte, so bequem dieselbe für die Parteien sein mag, festzuhalten.

Es ist bezeichnend für die Tendenz der Motive, wie die Bequemlichkeit der Parteien und deren Interesse als etwas Nebensächliches bei Seite geschoben wird, während so oft das Bestreben, dem Richter die Sache möglichst bequem zu machen, in den Vordergrund tritt.

Das Proceßverfahren ist doch nicht seiner selbst oder der Richter wegen da. Nach Deutschen Begriffen ist gerade das Interesse der Parteien, also auch deren bequeme und leichte Betheiligung beim Rechtsstreite, hauptsächlich maaßgebend.

Es handelt sich hier um eine Neuerung, welche auch der Baierische und Hannoversche Entwurf in Deutschland einführen wollen. Für eine solche durchgreifende Maaßregel genügen indeß nicht Gründe so negativer Art, wie sie der Preußische und im Wesentlichen auch der Baierische Entwurf S. 554 ff. enthalten. Läßt man die Bequemlichkeit der Parteien auch nicht als einen der Berücksichtigung werthen Gegenstand gelten, so müssen doch andere Gründe des Gemeinwohls dafür sprechen, die alte Deutsche Einrichtung zu beseitigen, daß die Gerichte den Proceß zu leiten haben.

An solchen Gründen für die Französische Weise des Proceßbetriebes und Schriftwechsels fehlt es aber in der That. Die Motive S. 8 sagen sogar selbst, das das Französische Verfahren geeignet ist, Verschleppungen des Processes zu befördern, wegen des großen Einflusses, welchen die Parteivertreter auf den Proceßbetrieb erlangen.

Bleibt es dagegen bei dem Deutschen Proceßbetriebe durch den Richter, so haben die Parteien die vollständige Gewähr dafür, daß die einmal angebrachte Klage den ungehinderten Fortgang des Processes zur Folge hat, unbeirrt durch die amtsbrüderliche Nachsicht der Sachwalter, welche sich aus gegenseitiger Gefälligkeit immer neue Fristen bewilligen.

Bevor wir aber auf Besprechung der einzelnen Stufen des Rechtsstreites eingehen, ist es nöthig, den

Anwaltszwang

zu besprechen, welchen der Preußische, Baierische und Hannoversche Entwurf ganz in Französischer Weise bei uns einführen wollen.

Es ist bisher eine Hauptrücksicht der Deutschen und Preußischen Gesetzgebung gewesen, das Verfahren so einzurichten, daß den Rechtsuchenden die eigene Antretung des Richters ermöglicht und erleichtert werde, daß also die Parteien selbst ihre Processe betreiben können.

Die Preußische Gesetzgebung machte es im vorigen Jahrhundert sogar den Parteien zur Pflicht, ihre Processe in Person abzuwarten, weil sie selbst am besten im Stande seien, dem Richter über ihre Angelegenheiten Auskunft zu geben. Von diesem Aeußersten ist man im Laufe der Zeiten allmälig zurückgekommen. Jetzt will man zu dem entgegengesetzten Aeußersten übergehen und den Parteien in dem gewöhnlichen Processe die Möglichkeit nehmen, ihre Rechte selbst wahrzunehmen.

Man sollte indeß meinen, daß es vielmehr der Bevölkerung des linken Rheinufers erwünscht sein würde, wenn ihnen das alte Deutsche Recht selbst vor Gericht aufzutreten zurückgegeben würde.

Man begreift es wirklich nicht, wie S. 554 der Baierischen Motive gesagt werden kann: Die Proceßführung wird in dem System des Entwurfs zunächst vollständig den Parteien im Bereiche ihres Verfügungsrechtes überlassen, und S. 555: Den Parteien ist Angriff und Vertheidigung, die thatsächliche Begründung der Ansprüche, die Wahl der Mittel vollständig überlassen, während ihnen doch Art. 63 des Entwurfs untersagt, daß sie selbst ihre Rechte im gewöhnlichen Processe geltend machen, und sie zwingt, sich durch einen Sachwalter vertreten zu lassen.

Die tägliche Erfahrung lehrt, wie es in Deutschland genug Leute giebt, welche sehr wohl Willens und im Stande sind, ihre Processe in Person zu führen. Oft genug kommt es vor, daß gerade die unbefangene eigene Erklärung der Partei vor Gericht einen Aufschluß giebt, welcher die Sache erst in das richtige Licht setzt und besser geeignet ist, eine sachgemäße Entscheidung herbeizuführen, als die Auslassungen der Anwalte mit ihrer mangelhaften Kenntniß der Sachlage.

Sieht man freilich die Frage von dem einseitigen Standpunkte

des Richters oder des Rechtsanwalts an, so kommt man zu ganz anderen Ergebnissen. Daß die Sachwalter beim Anwaltszwange gewinnen, liegt auf der Hand.

Dem Richter ist es auch bequemer, wenn er nicht mit den Parteien selbst zu verkehren braucht, welche allerdings auch manches Unerhebliche anführen, während die Anwalte ihren Vortrag in schulgerechter Form halten. Doch sind diese zuweilen dem Richter verursachten Unbequemlichkeiten ein weit geringeres Uebel, als wenn man den Rechtsuchenden die Befugniß ganz entzieht, selbst ihre Rechte im Proceßwege geltend zu machen.

Mit Recht läßt deshalb auch der Sächsische Entwurf den Parteien diese Befugniß und bestimmt nur im §. 125 und 334, daß die Gerichte befugt sind, eine Partei, welche zu einem vollständigen mündlichen Vortrage nicht fähig ist, anzuweisen, einen Bevollmächtigten zur Verhandlung zu stellen, und auf unverständliche Schriften den Bescheid zu ertheilen, daß sich die Partei ihre Eingaben von einem Advocaten anfertigen lassen solle.

Die Preußischen Motive bemerken S. 28: „Ohne Anwaltszwang ist das vom Entwurfe aufgestellte Proceßverfahren vor den ordentlichen Collegialgerichten nicht durchführbar. Es beruht auf dem Principe, daß der Proceß von den Parteien unmittelbar ohne Mitwirkung der Gerichte betrieben, und die Instruction des Processes hauptsächlich in die Hände der Parteien selbst gelegt wird.

Es ist auffallend, wie auch hier von dem Französischen Proceßverfahren gesagt wird, daß es die Instruction des Processes in die Hand der Parteien selbst lege, während doch Alles durch Anwalte besorgt wird und die Parteien selbst unthätig bleiben müssen.

Man kann mit weit größerem Rechte sagen, daß die Instruction des Processes im Deutschen und Preußischen Processe in die Hände der Parteien selbst gelegt ist, weil sie nur hier selbst und unmittelbar ihren Richter antreten können, ohne daß ihnen die Vermittelung eines Dritten aufgedrungen wird.

Die Motive sehen aber auch ohne Weiteres den Umstand, daß das im Entwurfe aufgestellte Proceßverfahren nicht ohne Anwaltszwang durchführbar ist, als einen unabweislichen Grund dafür an, daß der Anwaltszwang bei uns eingeführt werden müsse.

Indeß muß man umgekehrt das im Entwurfe vorgeschlagene Verfahren schon um deshalb beanstanden, weil es nicht ohne Einführung des Anwaltszwanges durchführbar ist.

Es ist doch eine eigenthümliche Erscheinung, daß man im Untersuchungsverfahren die Laien selbst so viel als möglich zu betheiligen sucht, indem man ihnen als Geschworenen sogar einen Theil der richterlichen Thätigkeit überträgt, man will auch die Befugniß der Anklage in Untersuchungssachen nicht ausschließlich der Staatsanwaltschaft überlassen, sondern sie jedem aus dem Volke zugestehen, wogegen man im Civilprocesse so gar kein Bedenken trägt, den Laien das natürliche Recht der eigenen Vertretung ihrer Rechtssache vor Gericht zu entziehen.

Wir hören so oft von unseren Rednerbühnen hochtönende Worte darüber, wie den Deutschen das Maaß der politischen Freiheit allzu sehr verkümmert werde. Die wichtige Befugniß, selbst als Vertreter seiner Sache vor dem Proceßgericht zu erscheinen, nimmt man aber dem Deutschen ohne alles Bedenken, und ohne daß deshalb irgendwie große Worte gemacht werden! Warum? Weil es der Franzose schon lange nicht besser kennt!

Geht man so weit wie der Preußische Entwurf, der den Anwaltszwang im gewöhnlichen Processe ohne alle Ausnahme einführt, so darf sogar der Anwalt seine eigene Sache vor Gericht nicht führen.

Art. 63 des Baierischen Entwurfs läßt doch die Proceßführung der Advocaten in ihren eigenen Sachen bei den Gerichten zu, an welchen sie ihren Dienst ausüben. Auch können die fiscalischen Processe vom Fiscal geführt werden.

Nun kommt es aber sehr häufig vor, daß besonders Kaufleute den Saldo ihrer Rechnung oder das Handwerker ihr Guthaben selbst schriftlich einklagen. Erst wenn der Verklagte den Anspruch bestreitet, und die Sache verwickelt zu werden droht, nehmen die Parteien zu einem Sachwalter ihre Zuflucht. Nicht wenige scheuen aber dann noch die Mehrkosten, und sie verlassen sich auf ihre eigenen Kräfte und ihr gutes Recht, mit dem Vertrauen, dasselbe auch in eigener Person vor dem Gerichte zu finden.

Der Deutsche und Preußische Proceß ist darauf angelegt, dies Vertrauen zu rechtfertigen, und den Streitenden, welche ihr Recht selbst suchen wollen, nach Möglichkeit behülflich zu sein.

Androhung der Rechtsnachtheile.

Es ist deshalb eine Hauptaufgabe nicht nur der Deutschen und Preußischen Proceßgesetze, bei jeder Vorladung oder Setzung einer

Frist anzuordnen, welches die nachtheiligen Folgen der Versäumniß sind, sondern der Richter hat auch die besondere Verpflichtung, bei jeder Verladung oder Setzung einer Frist den Betheiligten zu eröffnen, welche Nachtheile als Folgen der Versäumniß eintreten würden.

So sagt z. B. Martin Bd. 1 S. 580 seiner Vorlesungen über die Theorie des Deutschen gemeinen bürgerlichen Processes:

> „Es ist das Erforderniß eines jeden ahndungswürdigen Ungehorsams, daß die Nachtheile, welche den Ungehorsamen treffen sollen, so weit sie nicht blos in der Pflicht zur Kostenerstattung bestehen, sondern in die Sache selbst eingreifen, gehörig angedroht sein müssen, ehe sie vollzogen werden können. So wenig nämlich dilatorische Verfügungen irgend eine Androhung zu enthalten brauchen, so nothwendig ist dagegen bei peremptorischen Verfügungen die ausdrückliche Androhung der im Falle des Ungehorsams eintretenden speciellen Nachtheile, damit auf diese Weise eine Warnung und Erinnerung an den Verpflichteten ergeht, ehe er in wirklichen Schaden versetzt wird."

Man sieht, wie es im Wesen des Deutschen Processes liegt, den Rechtsuchenden möglichst vor Mißgriffen zu wahren, und wie der Richter denselben nicht rathlos lassen soll. Es offenbart sich hierin recht eigentlich das Wohlwollen des Deutschen Gesetzgebers und Richters, und die Billigkeit, welche dahin strebt, daß die Parteien auf dem Rechtswege kein Nachtheil ohne ihre eigene Schuld treffen möge.

Man bezieht sich zwar zur Rechtfertigung dieses Deutschen Rechtsgrundsatzes auf l. 71 D. de judiciis (V. 1.):

> In peremtorio autem comminatur is, qui edictum dedit, etiam absente diversa parte, cogniturum se, et pronunciaturum.

In diesem Gesetze steht aber kein Wort von Androhung der speciellen Nachtheile, welche die Säumniß in jedem besondern Falle haben wird. Eben hierin offenbart sich die Milde und Billigkeit der Deutschen Rechtsübung, daß der Richter verpflichtet ist, die Partei zu warnen, damit sie nicht wegen Unkenntniß der Gesetze Schaden leide.

Ganz in gleicher Weise schreiben die Preußischen Proceßgesetze überall vor, welche Nachtheile der Richter den Betreffenden als Folgen der Säumniß anzudrohen hat. Dabei befinden sich die Parteien wohl.

Von ganz entgegengesetzter Ansicht geht der Preußische Entwurf, dem Französischen Vorbilde folgend, aus. §. 223 lautet:

„Einer Androhung der gesetzlichen Folgen der Versäumniß einer Sitzung, eines Termins oder einer Frist bedarf es nicht."

Wie sehr der Entwurf durch diese Bestimmung sich in Widerspruch mit dem Deutschen Rechtsgefühl setzt, davon scheinen die Motive selbst nichts zu ahnen, denn sie sagen zu diesem wichtigen und folgenschweren Paragraphen nur: er sei nicht allein *in sich gerechtfertigt*, sondern auch eine *nothwendige Folge* des unmittelbaren Proceßbetriebs. Indem hier die Motive vom „*unmittelbaren*" Proceßbetrieb sprechen, meinen sie aber wieder den „*mittelbaren*" durch Sachwalter.

Indem das Gericht die Streitenden rathlos läßt, zwingt es dieselben, sich bei den Sachwaltern Rath zu holen.

Wenn nun aber eine so billige und wohlwollende Berücksichtigung der Bedürfnisse des Verkehrs und der persönlichen Rechtsunkenntniß der Parteien im Französischen Processe nicht zu finden ist, so kann man doch nicht mit den Motiven ohne Weiteres sagen: daß diese im Deutschen und Preußischen Processe stattfindende sachgemäße Berücksichtigung in sich *ungerechtfertigt* sei.

Es offenbart sich hier wieder die entgegengesetzte Anschauung beider Proceßsysteme. Während die Deutsche Rechtsübung die *Parteien* und deren Bedürfnisse vorzugsweise in's Auge faßt, und den Richter verpflichtet, denselben so viel als möglich behilflich zu sein, und dafür zu sorgen, daß keine Partei ohne ihre Schuld Schaden leide, bekümmert sich der Französische Richter nicht um die Schuld der Parteien. Der Deutsche Richter verliert den Proceß und die Parteien nicht aus den Augen und sorgt stets dafür, daß die Parteien den rechten Weg kennen, um zu ihrem Rechte zu gelangen.

Das ist Deutsche Art.

Beim *Französischen* Richter heißt es dagegen: Mögen die Parteien sich ihren Weg selbst suchen, dem Richter macht ihre Rathlosigkeit keine Sorge, keine Mühe.

Das ist Französische Art, die aber dem Deutschen niemals zusagen kann.

So erstreckt sich der Anwaltszwang im französischen Processe indirect auch auf diejenigen Processe, in denen, wie in Bagatell- und Handelssachen, nach dem Preußischen, Baierischen und Han-

noverschen Entwurfe, die Parteien befugt sind, ihre Rechte in eigener Person wahrzunehmen. Man sieht am allerwenigsten, wie die Motive dazu kommen, so allgemein, also auch mit Beziehung auf diese Processe, es in sich für gerechtfertigt zu erachten, daß die jetzt nach der Deutschen Rechtsübung nothwendige Androhung der jedesmaligen Nachtheile der Säumniß fortbleiben soll.

Faßt der Gesetzgeber in Französischer Weise nicht hauptsächlich das Interesse der Parteien, sondern das des Richters und des Advocaten in's Auge, so läßt sich freilich dafür anführen, daß ihm Rathlosigkeit die Streitenden zu den Sachwaltern führt, und daß es dem Richter bequemer ist, wenn er der Mühe überhoben ist, die Verwarnungen zu stellen, welche der Deutsche und Preußische Proceß vorschreibt.

Die Preußischen Motiven verkennen aber auch

Das Wesen des Geschäftbetriebs,

wenn sie S. 6 sagen, daß die mit demselben verbundenen Geschäfte sich zum größten Theile für die Gerichte wenig passen.

Daß die Streitschriften der Parteien von großer processualischer Bedeutung sind, das haben wir bereits angeführt, es erscheint deshalb ganz natürlich, daß dieselben dem Gericht, das den Streit entscheiden soll, überreicht werden, wie dies auch im Englischen Processe der Fall ist. Wenn Jemand die Verurtheilung eines Andern herbeiführen will, so liegt es doch am nächsten, daß er sich deshalb gleich an das Gericht wendet, diesem seine Sache unmittelbar vorträgt und dessen Vermittelung in Anspruch nimmt, um dem Kläger zu seinem Rechte zu verhelfen. Das ist bei uns von jeher so gehalten worden.

Es ist aber auch gesucht und sachwidrig, wenn der Rechtsuchende, anstatt sofort seine Klage dem Richter vorzutragen, in Französischer Weise sich erst einen Anwalt nehmen und den Gegner auffordern muß, sich gleichfalls mit einem Anwalt zu versehen, damit nun diese Anwalte unter sich, ohne daß der Richter, welcher den Streit entscheiden soll, etwas davon erfährt, hin und her verhandeln, während der Richter vielleicht die Klage an sich für ganz unzulässig und jede Verhandlung darüber für überflüssig erachtet.

Geib sagt a. a. O. S. 71: „Mag immerhin das Gesetz bestimmte Fristen festsetzen, innerhalb welcher die einzelnen processualischen Handlungen vorzunehmen sind, mag es noch

so sehr darauf dringen, daß nach Ablauf dieser Frist die Sache sofort zur endlichen Entscheidung oder zur Erlassung eines Contumacialurtheils gebracht werde, so lange die Einhaltung dieser Vorschriften dem gegenseitigen Ermessen der Advocaten überlassen bleibt, werden die schon unter ihnen bestehenden und aus anderen Rücksichten zu begünstigenden collegialischen Verhältnisse die Wirkung haben, daß nur in den allerseltensten Fällen etwas geschieht, worüber man sich nicht durch freundschaftliche Vernehmung mit seinem Amtsbruder im Voraus verständigt hat. Daß aber auf diese Weise, durch solches stillschweigendes Schonen und Nachsehen die gesetzlichen Tage sich zu eben so viel Wochen und Monaten verlängern müssen, ja daß mitunter einzelne Processe sogar Jahre lang im Bureau der Advocaten begraben bleiben, ohne auch nur einen Schritt weiter gefördert zu werden, liegt so sehr in der Natur der Sache, daß wir die desfallsigen Zeugnisse der Praxis, die so übereinstimmenden Klagen der Schriftsteller, nicht als einen Beweis gegen die Französische Advocatur überhaupt, sondern nur als eine Erscheinung betrachten müssen, die sich immer und überall sogar bei dem besten Geiste derselben wiederholen wird.

„In Frankreich selbst freilich, wo die Einrichtung eine so uralte ist, mag man ihre Uebelstände entweder minder lebhaft empfinden, oder doch als unvermeidlich ertragen gelernt haben. Allein wenn wir irgend daran denken sollten, sie auch in Deutschland adoptiren zu wollen, so würde dies, gegenüber unserem bisherigen Verfahren, gegenüber jener so tief eingewurzelten Ueberzeugung, daß nur das Gericht selbst es sei, von dem eine unparteiische und erschöpfende Einleitung und Durchführung der Processe sich denken läßt, eine so schreiende Verletzung des ganzen Volksbewußtseins enthalten, daß, ganz abgesehen von der Verkehrtheit an sich, jeder.... vor einem solchen Gedanken zurückschrecken müsse.

„In der That stellt sich diese Französische, nur durch die Anwälte vermittelte Proceßinstruction ungefähr in gleichem Grade als eine Uebertreibung dar, wie das Preußische, jede freie Bewegung der Parteien und ihrer Beistände ausschließende Verfahren: während dieses durch Herbeiziehung der Untersuchungsmaxime wenigstens das Wesen des Civil-

4*

processes aufhebt*), vernichtet jenes durch unmäßige Steigerung der Verhandlungsmaxime das Wesen und den Begriff des Processes überhaupt."

Freilich sagt dagegen Dernburg in seinen Betrachtungen über die Frage: Ob öffentlicher und mündlicher Proceß nach Französischem System, oder durch den Richter geleiteter Schriftwechsel mit mündlichem Schlußverfahren (S. 263 seiner Abhandlungen):

„Nirgends weniger Kunst, nirgends mehr Naturwüchsigkeit als im Französischen Proceß...

„Die Parteien erscheinen beide gleichzeitig vor dem erkennenden Richter, tragen ihren Fall vor, tragen so lange vor, bis sie ihre Mittel erschöpft haben und der Richter sich hinlänglich unterrichtet glaubt, ein Urtheil zu fällen, worauf dieser entscheidet. Beide Parteien fragen ihn um seine Meinung, und er antwortet; antwortet erschöpfend, wenn die Fragenden erschöpfend fragen, antwortet ausreichend, wenn mindestens einer der Fragenden erst um eine vorläufige Antwort bittet; kümmert sich um alles Weitere nicht und wiederholt seine Antworten, so oft man ihn darum begrüßt, thut nie mehr, nie weniger.

„In diesem einfachen Gedanken ist die Grundidee des Französischen Processes ausgesprochen. Die Fragenden haben allerdings, ehe sie zum Antworten kommen, sich wechselseitig von ihrem Vorbringen zu unterrichten, und zwar ist eine solche vorhergegangene Mittheilung bald absolut nothwendig, so daß der Richter, wo diese fehlt, vom Gesetz gehindert ist zu antworten, wenn er es auch wollte; bald nur relativ, daß nämlich die Partei, gegen welche etwas vorgebracht werden soll, verlangen kann, daß ihr dies erst vor dem Erscheinen vor Gericht mitgetheilt werde."

Prüft man nun diese Darlegung der Grundidee des Französischen Processes von unserer Deutschen Rechtsanschauung aus, so findet man im Französischen Processe viel Kunst und wenig Naturwüchsigkeit.

Es ist eben nicht richtig, daß der Proceß, wie diese Schilderung Dernburg's, damit beginnt, daß die Parteien gleichzeitig vor

---

*) Uebrigens ist im neueren Preußischen Proceß die Untersuchungsmaxime längst weggefallen.

Gericht erscheinen, vielmehr erfolgt ein sehr künstliches Vorspiel, bei welchem keineswegs die Parteien die Handelnden sind, sondern es dürfen dabei nur Anwalte auftreten, deren sich die Parteien in allen Fällen als Vermittler bedienen müssen.

Es ist aber auch nicht naturwüchsig, daß der Richter sich um dies ganze Vorspiel nicht kümmert und dasselbe seinen Fortgang hat, wenn auch das Ansinnen des Klägers an den Verklagten ganz unsinnig ist. Eben so wenig entspricht es der Deutschen Rechtsanschauung, wenn der Französische Richter nicht selbst für eine möglichst rasche und erschöpfende Erledigung des bei ihm anhängigen Streits sorgt, wenn er während der Entscheidung von Zwischenfragen den Proceß ruhen läßt und nur antwortet, wie er gerade gefragt wird.

Gerade diese Passivität des Französischen Richters, dies sich beschränken auf das geringst mögliche Maaß seiner amtlichen Thätigkeit, erscheint dem Deutschen unnatürlich. Er erwartet und verlangt, daß sich der Richter selbst des Betriebs des Processes annehme. Es ist dies ein charakteristischer Unterschied. Der Passivität des Französischen Richters steht die Activität des Deutschen Richters entgegen. Diese Passivität offenbart sich zunächst in dem

Organismus des Französischen Gerichts.

Der Französische Richter bekümmert sich um nichts weiter als den engen Kreis seiner rein richterlichen Geschäfte. In Frankreich bestanden von jeher neben den Richtern, welche nur die Entscheidungen in den Processen aussprechen, zwei besondere Beamte, von denen der eine auf seine eigene Hand die Schreiberei beim Gericht besorgt, der Gerichtsschreiber (greffier), und der Gerichtsvollzieher (huissier), welchem die Ladungen, die Zwangsvollstreckungen und Versteigerung ganz selbstständig zufallen. Der Richter bekümmert sich in keiner Weise um die amtliche Thätigkeit dieser Beamten. So zerfällt das Gericht in drei einzelne Beamte, die niemals von selbst handeln, sondern zu jeder Handlung einen neuen Anstoß verlangen, sonst steht die Maschine still.

Wie wenig dies Französische Wesen der Deutschen Rechtssitte entspricht, das fällt sogleich in die Augen.

Vermöge des bei uns vorherrschenden corporativen Elements ist von jeher in Deutschland der Richter und die beim Gericht beschäftigten Beamten als ein Ganzes angesehen worden. Vermöge der dem

Deutschen Richter inne wohnenden Activität hat er sich von jeher um die amtliche Thätigkeit der Unterbeamten des Gerichts bekümmert. Sie waren von jeher seine Untergebenen, deren er sich zum Zweck der Ausübung der Rechtspflege bediente.

So sehr nun auch diese umfassende Pflicht des Richters der Deutschen Rechtsanschauung entspricht, so stehen doch der Preußische, der Baierische und der Hannoversche Entwurf zu einer allgemeinen Deutschen bürgerlicher Proceßordnung nicht an, unsere Deutschen Gerichte auf Französische Art in drei solche selbstständige Beamte aufzulösen.

Würde dies wirklich den Parteien Nutzen bringen? Dagegen sprechen sehr erhebliche Gründe:

1) Es liegt in der Natur der Sache, daß der Verkehr der Gerichtseingesessenen mit dem Gerichte beschwerlicher werden muß, wenn sie, anstatt mit dem Gericht als Ganzes, mit drei einzelnen Personen verkehren, welche zu jeder Amtshandlung von Neuem besonders angeregt werden müssen, wenn der Proceß nicht still stehen soll, während der bei dem Deutschen Gericht einmal anhängige Proceß von selbst seinen Fortgang nimmt, und das Gericht die einzelnen Functionen selbst den Beamten unter sich zutheilt.

2) Ferner muß der Französische Verkehr zwischen den einzelnen selbstständigen Beamten desselben Gerichts schwerfälliger und zeitraubender sein, als wenn diese drei Beamten zu einem Ganzen, zu einer Behörde vereinigt sind, bei welchen sich die Beamten gegenseitig in die Hand arbeiten.

Es kann in dieser Beziehung die bei den Preußischen Gerichten seit dem Jahre 1841 bestehende Bürreaueinrichtung nicht genug empfohlen werden, weil dieselbe den Geschäftsgang auf's äußerste vereinfacht und die Beaufsichtigung des Bureauvorstehers so geregelt hat, daß an Raschheit und Zuverlässigkeit des Geschäftsbetriebes nichts zu wünschen bleibt.

3) Ein großer Vorzug der Deutschen Gerichtsverfassung besteht aber auch in der überall eingreifenden Thätigkeit des Richters, welche freilich von der Apathie des Französischen Richters sehr absticht. Ist es aber wirklich im Interesse der Gerichtseingesessenen zu wünschen, daß der Deutsche Richter den ehrenvollen Beruf aufgiebt, überall für die Zuverlässigkeit und rasche Erledigung der gerichtlichen Geschäfte zu sorgen?

4) Es kommen ferner bei den Amtsverhandlungen der Unter-

beamten oft genug rechtliche Bedenken zur Sprache. Diese werden bei dem Deutschen Gerichte durch die Fürsorge des Richters oder durch Rückfrage bei demselben auf das einfachste sachgemäß erledigt.

Bei der Französischen Selbstständigkeit der Unterbeamten kann von einer solchen Ueberwachung ihrer Thätigkeit durch den Richter nicht die Rede sein. Die Geschäfte werden vielmehr nach Maaßgabe des geringen Bildungsgrades erledigt, der den Unterbeamten beiwohnt.

5) Diese Französische Selbstständigkeit der Beamten hat endlich die Folge, daß jeder der Beamten für sich besondere Sporteln erhebt. Auch machen der selbstständige Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher auf ein größeres Diensteinkommen Anspruch, als wenn sie bei dem Gericht als Unterbeamte thätig sind.

Dies vertheuert die Processe und macht die heilsame, seit dem Jahre 1851 in Preußen bestehende Einrichtung unmöglich, daß für den ganzen Proceß ein einziges Gebührenpauschquantum berechnet wird, das sich nach dem Werthe des Gegenstandes und danach richtet, in wie weit der Proceß im Allgemeinen die Thätigkeit des Gerichts in Anspruch genommen hat.

Handelt es sich jetzt also darum, in Deutschland die Gerichte diesseits und jenseits des Rheins in gleicher Weise einzurichten, so würden nach dem Gesagten die Bewohner des linken Rheinufers nur gewinnen, wenn auch bei ihnen dem Richter wieder die Leitung der sämmtlichen gerichtlichen Geschäfte übertragen würde.

Die besonderen Nachtheile dieser Französischen Zerrissenheit des Gerichts werden noch bei Besprechung des Zustellungsverfahrens und der Zwangsvollstreckung zu erwähnen sein. Doch kann nicht unbemerkt bleiben, daß nicht nur der Sächsische Entwurf die Deutsche Einrichtung der Gerichte beibehält, sondern daß sich für die Beibehaltung derselben auch die Oestreichische Denkschrift unter sehr ausführlicher und überzeugender Begründung ausspricht. Dennoch ergeben die Protokolle der in Hannover zur Berathung einer allgemeinen Deutschen Proceßordnung zusammengetretenen Commission S. 4139: daß nur einer der Abgeordneten, und zwar der Kurhessische, bei Gelegenheit der Zwangsvollstreckung eindringlich die Gründe geltend gemacht hat, welche die Beibehaltung der Deutschen Gerichtsverfassung zu rechtfertigen geeignet sind. Liest man diese Protokolle, so scheint es, als wenn die dem Wesen des

Deutschen Processes treu bleibenden Bestimmungen des Badischen und Sächsischen Entwurfs, und die überzeugenden und sachgemäßen Ausführungen der Oestreichischen Denkschrift dafür, daß man die Grundsätze unseres vaterländischen Proceßrechts beibehalten müsse, keine genügende Vertretung in Hannover gefunden haben.

Wir gehen nun auf die einzelnen zum Proceßbetriebe gehörigen Handlungen näher ein, um nachzuweisen, daß mit dem Deutschen Volksbewußtsein dieses Französische Wesen des Proceßbetriebes unvereinbar ist, weil nach unserer Auffassung der Richter nicht bloß die sämmtlichen Geschäfte des Gerichts zu leiten, sondern auch gleich vom Beginn des Processes an dafür zu sorgen hat, daß nicht dem Unrecht Vorschub geleistet, und daß überall sachgemäß verfahren werde.

Es ist nach Deutscher Rechtsanschauung, wie auch die Sächsischen Motive §. 5 S. 243 anerkennen, eben dies ein Hauptmangel des Französischen Processes, daß der Richter in demselben seine Pflichten in viel zu beschränkter Weise auffaßt. Als die beklagenswerthe Folge der undeutschen Passivität des Richters ist es anzusehen, daß sich in Frankreich die Betheiligung der Staatsgewalt bei der Einleitung des Processes und dem Schriftwechsel auf das blos Mechanische des Hin- und Hertragens der Proceßschriften durch Unterbeamte beschränkt.

Man ahnt in Frankreich nicht einmal die tiefeingreifende, wohlthätige Wirkung, welche die richterliche Leitung des Processes schon im Beginne desselben bei uns hat.

Die Prüfung der Klage durch den Richter.

Im gemeinen Deutschen, Badischen, Sächsischen und Preußischen Processe liegt schon dessen Einleitung, so wie die Leitung des Schriftwechsels in der Hand des Richters. Damit gewinnt auch schon dieser Theil des Rechtsstreites eine materielle Bedeutung. Indem nach dem Deutschen Processe die Klage gleich in die Hände des Richters kommt, liegt ihm zugleich ob, nicht blos seine Zuständigkeit, sondern die Klage auch in der Beziehung zu prüfen, ob sie überhaupt an sich zulässig, also geeignet ist, die Grundlage eines Processes zu bilden.

Nach dem von dem Preußischen, Baierischen und Hannoverschen Entwurfe angenommenen Französischen Verfahren

stellt dagegen der Gerichtsvollzieher, wenn auch die Sache sich gar nicht zum Rechtswege eignet, oder der Gerichtsstand des Gerichts gar nicht begründet ist, oder auch die Klage an den wesentlichsten Mängeln leidet, die Klage mechanisch dem Verklagten zu.

Das Vorverfahren beginnt, obgleich der Richter, wenn er darum wüßte, dasselbe für ganz überflüssig erklärt haben würde. Wenn nun in allen anderen Rechtsangelegenheiten, sobald die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens beantragt wird, die Zulässigkeit des Antrages vor allen Dingen vom Richter geprüft werden muß, so ist doch nicht abzusehen, warum der allerwichtigste Antrag, nämlich der auf Einleitung eines förmlichen Processes, nicht auch zunächst vom zuständigen Richter geprüft und über dessen Zulässigkeit an sich entschieden werden soll. Es ist dies nicht nur theoretisch verwerflich, sondern auch **unpraktisch**.

Der Preußische Entwurf erkennt dies letztere auch in so fern an, als er im §. 115 u. 120 wenigstens denjenigen Parteien das Armenrecht versagen, und das Gericht ermächtigen will, die Verhandlung der Sache auszusetzen, wenn ein für den Armen günstiger Ausgang des Processes unwahrscheinlich ist.

Dies führt doch aber offenbar zu einer Rechtsungleichheit vor Gericht. Der Arme kann nach dem Entwurfe nur Klagen verfolgen, welche nach der Ansicht der über das Armenrecht entscheidenden Commission Aussicht auf Erfolg haben. Beschließt die Commission die Aussetzung des Verfahrens, so hat der Arme nach §. 128 des Entwurfs dagegen kein Rechtsmittel, es ist ihm damit unbedingt der Rechtsweg abgeschnitten, während der vermögende Kläger die noch so unbegründete Klage durch alle Instanzen treiben kann.

Schlink bemerkt S. 456 Bd. 1 seines Commentars über die Französische bürgerliche Proceßordnung:

> „Der Französische Civilproceß unterscheidet sich von dem Deutschen darin, daß er die Mitwirkung des Richters bei Einleitung und Entwickelung der Klagen gänzlich ausschließt, und es in den Willen eines jeden Menschen stellt, eine Klage zu erheben, die das Gericht selbst dann beantworten muß, wenn auch dem Kläger alle Fähigkeit abgeht, vor Gericht aufzutreten, oder sich ermittelt, daß er bei der Sache gar nicht betheiligt ist. Eben so ist der Beklagte, dem eine Ladung zugestellt wird, verpflichtet, sich vor Gericht einzufinden und dort seine Vertheidigung oder Einrede vorzubringen.

> Erscheint derselbe nicht, so treffen ihn die Folgen des Ungehorsams, und er hat zu fürchten, daß er auf ungerechte Weise verurtheilt werde, da es nur in sehr wenig Fällen dem Richter erlaubt ist, dessen Rechtsmittel ex officio geltend zu machen, und den Kläger, dem nicht widersprochen wird, zurückzuweisen."

Schlink rühmt dies zwar als einen Vorzug des Französischen Processes, und stellt diese Befugniß, jede Klage verfolgen zu dürfen, der Preßfreiheit gleich. Dies Beispiel paßt aber nicht hierher. Schlink übersieht, daß derjenige, welcher etwas drucken läßt, damit die Thätigkeit der Staatsgewalt für sich in keiner Weise in Anspruch nimmt, und durch das Drucken seiner Schrift nicht berechtigt wird, Andere zu irgend einer Thätigkeit zu verpflichten. Der angestellten Klage legt aber die Französische Proceßordnung die Wirkung bei, daß sich der Verklagte unbedingt auf dieselbe einlassen, und daß er durch Bestallung eines Anwalts Kosten aufwenden muß, um sich gegen die Klage zu vertheidigen. Es ist deshalb nicht blos praktisch angemessen, sondern auch theoretisch richtig, wenn die Deutschen Proceßgesetze nicht mit einer jeden an sich unzulässigen Klage einen solchen Zwang der Staatsgewalt gegen den Verklagten verbinden, sondern wenn bei uns der Richter zuvor prüfen muß, ob die Klage nicht schon an sich verwerflich, also gar nicht von der Beschaffenheit ist, um den Verklagten zu zwingen, daß er sich auch noch gegen dieselbe vertheidige.

Nicht mit Unrecht sagt Danz im §. 90 seiner Grundsätze des gemeinen Deutschen bürgerlichen Processes:

> „Die edelste und wohlthätigste Pflicht des Richters ist, unnöthige Streitigkeiten abzuschneiden. Er darf daher ein ihm übergebenes Klageschreiben dem Gegentheile nicht geradezu mittheilen, sondern muß dasselbe zuvor sorgfältig prüfen."

Es ist nicht anzunehmen, daß die Bewohner des linken Rheinufers wünschen, noch ferner durch die Einleitung unzulässiger Klagen behelligt zu werden.

Die Möglichkeit, daß der Richter bei der vorläufigen Prüfung der Klage fehlgreifen könne, ist um deshalb nicht zu fürchten, weil für die Beschwerde gegen die zurückweisende Verfügung derselbe Instanzenzug gilt, wie für das abzufassende Erkenntniß. Der Kläger erhält sonach die endgiltige Entscheidung auf demselben Wege,

doch ist der ihm freistehende Weg der Beschwerde gegen die zurückweisende Verfügung weit kürzer und billiger als der förmliche Proceß.

Die Preußischen Motive legen auf diesen großen Vorzug des Deutschen Processes gar kein Gewicht. Sie erwähnen ihn nicht einmal.

Auch bei der Berathung in Hannover hat man sich nur flüchtig mit dieser wichtigen Frage befaßt. Man sprach sich nach S. 34 der Protokolle um deshalb gegen die richterliche Prüfung der Klage aus, weil eine derartige Prüfung und Abweisung mit dem Princip der Mündlichkeit völlig unvereinbar sei, nach welchem der Richter nur dasjenige seinem Urtheile zu Grunde legen könne, was ihm von den Parteien mündlich vorgetragen sei.

Wir finden also auch hier die in den Preußischen Motiven so oft vorkommende Auffassung, daß der Deutsche Richter nicht mehr lesen, sondern sich nur seines Gehörs bedienen dürfe, um zu erfahren, was die Parteien von ihm wollen.

Selbst im Französischen Processe ist aber der Richter nicht blos auf das Hören beschränkt. Er darf auch schriftliche Anträge lesen und darüber in berathender Sitzung beschließen. Vergl. Art. 41, 310, 514 und 541 des Code de procédure.

Man sieht also nicht ein, warum das Gericht nicht auch in berathender Sitzung die eingereichte Klage an sich prüfen und, wenn der Richter nicht zuständig oder die Klage an sich unbegründet ist, die Klage ohne Weiteres wie jeden andern unzulässigen Antrag zurückweisen soll.

Um darzuthun, von wie großer praktischer Wichtigkeit die hier besprochene Frage ist, wird es genügen zu bemerken, daß z. B. beim Kreisgerichte zu Naumburg

im Jahre 1862 überhaupt 926 Klagen eingeleitet, 82 Klagen aber durch Verfügung zurückgewiesen,
im Jahre 1863 überhaupt 1132 Klagen eingeleitet, 49 Klagen aber durch Verfügung zurückgewiesen,
im Jahre 1864 überhaupt 1175 Klagen eingeleitet, 54 Klagen aber durch Verfügung zurückgewiesen sind.

Sonach sind in den 3 Jahren überhaupt 2233 Klagen eingeleitet, 185 aber durch Verfügung zurückgewiesen.

Gegen die Zurückweisung dieser 185 Klagen ist in den gedachten 3 Jahren beim Appell.-Gerichte nur in 14 Fällen Beschwerde erhoben; nur in 3 von diesen Fällen ist aber die Beschwerde für

begründet erachtet. Sonach war also ungefähr von je 13 Klagen 1 unbegründet, und es hätte, wenn diese wohlthätige Einrichtung nicht bestände, das Gericht nicht nur ein Dreizehntel mehr an Processen zu bearbeiten gehabt, sondern die Kläger hätte auch in diesen 183 Processen unendlich viel mehr an Zeit und Kosten aufwenden müssen, um zur Zurückweisung ihrer Klage zu kommen, die Verklagten wäre aber in allen diesen Fällen ohne allen Grund in Unruhe gesetzt und genöthigt gewesen, unnütz Zeit und Geld aufzuwenden.

Prüfung der Passivlegitimation durch den Richter.

Ein zweiter Mangel des von dem Preußischen, Baierischen und Hannoverschen Entwurfe angenommenen Französischen Processes tritt bei der Mittheilung der Klage an den Verklagten zu Tage.

Die Beurtheilung der Frage: an wen die Klage zu behändigen ist? bedarf oft tüchtiger Rechtskenntnisse. Diese kann man von dem Französischen Gerichtsvollzieher natürlich nicht verlangen, der eben nur mechanisch handelt. Der Gerichtsvollzieher hält sich nur an den Antrag des Klägers. Er kann nicht prüfen, ob der als Empfänger der Klage bezeichnete Haussohn ohne Zuziehung des Vaters, die verklagte Ehefrau ohne Beistand ihres Ehemannes die Klage zu beantworten im Stande ist, ob der verklagte Verein denn überhaupt eine rechtliche Existenz hat, und ob der für den verklagten Verein benannte Empfänger berechtigt ist, die Klage als Vertreter des Vereins in Empfang zu nehmen?

Das Alles sind Fragen, welche zwar die Wirksamkeit der Klagebehändigung bedingen, aber nur vom Richter beantwortet werden können. Deshalb ist es ein Vorzug des Deutschen Processes, daß er dem Richter die Prüfung und Entscheidung solcher Fragen überweist, indem dieser bei Einleitung der Klage auch den Legitimationspunkt zu prüfen hat. So wird das Verfahren gleich auf den richtigen Weg gebracht und verhütet, daß die Parteien nicht Zeit und Mühe auf unnütze Weiterungen verwenden.

Die Stellung der Verwarnung durch den Richter

ist aber auch drittens ein Vorzug des Deutschen Processes, welcher von uns bereits oben besprochen ist, ohne die Mitwirkung des Richters vom Beginn des Processes an aber den Parteien nicht zu statten kommen kann. Im Französischen Processe wird

der Verklagte lediglich in den Besitz der Klage gesetzt. Er mag zusehen und sich bei Rechtsverständigen erst erkundigen, was nun zu thun obliegt.

Die Bemessung der Fristen.

Viertens hängt aber auch die Dauer der Frist, welche dem Verklagten zur Beantwortung der Klage zu bewilligen ist, von der Weitläufigkeit der Sache und den besonderen Umständen des Falles ab. Sonach erscheint es auch nur sachgemäß, wenn die Deutschen Proceßordnungen dem Richter eine angemessene Erstreckung der Frist überlassen. So bestimmt z. B. §. 2 der Preußischen Verordnung vom 21. Juli 1846:

> „Der Termin zur Klagebeantwortung ist dergestalt anzuberaumen, daß dem Verklagten eine Frist von 14 Tagen bis 6 Wochen vom Tage der Insinuation der Klage an gerechnet, zur Vorbereitung seiner Eingabe frei bleibt.
>
> „Der Richter kann diese Frist bei besonders schleunigen Fällen abkürzen, bei besonders verwickelten Rechtsstreitigkeiten oder aus anderen in der Sache liegenden Gründen aber verlängern, auch den Termin auf Antrag des Verklagten, jedoch nur einmal verlängern."

Auch im weiteren Verlaufe des Schriftwechsels tritt das Ermessen des Deutschen Richters bei den Fristbestimmungen ein.

Der Preußische, Baierische und Hannoversche Entwurf können auch hier von dem richterlichen Ermessen keinen Vortheil ziehen, weil bei diesem ganzen Vorverfahren die staatliche Einwirkung eine rein mechanische ist. Deshalb bestimmen auch die Entwürfe ein- für allemal kurze Fristen, und ermächtigen nur in dringenden Fällen (§. 237 des Hannoverschen, §. 299 des Preußischen Entwurfs) den Vorsitzenden des Gerichts, diese Frist noch abzukürzen.

Es ist aber auch für

die Bestimmung der Dauer des Schriftwechsels

fünftens die richterliche Einwirkung von erheblichem Nutzen.

Ob nämlich auf die Klagebeantwortung dem Kläger nochmals Gelegenheit zu geben sein möchte, sich auszulassen, ehe es zur mündlichen Verhandlung der Sache kommt, das hängt von dem jedesmaligen Inhalte der Klagebeantwortung ab.

Die Preußische Verordnung vom 1. Juni 1833 bestimmte so, daß der Audienztermin gleich nach Eingang der Klagebeantwortung angesetzt werden solle.

Die Erfahrung lehrte jedoch, daß das in den verwickelteren Processen zu früh war. Deshalb bestimmte §. 7 der Verordnung vom 21. Juli 1846:

> „Werden in der Klagebeantwortung Thatsachen angeführt, die in der Klage nicht vorgekommen sind, oder werden darin Einreden vorgebracht, so bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen, die Parteien vor der mündlichen Verhandlung mit ihrer Replik und Duplik zu hören."

Der Preußische, Baierische und Hannoversche Entwurf wissen dagegen von dieser Deutschen Proceßleitung nichts, sie müssen also die zulässigen Schriften für alle Processe gleichmäßig bestimmen.

So läßt der §. 301 des Preußischen Entwurfs in allen Fällen, in Uebereinstimmung mit Art. 78 des code de procédure, noch eine Replik zu, welche in vielen Fällen überflüssig, in anderen Fällen aber wieder unzureichend ist, wenn z. B. der Verklagte Gegenansprüche gemacht hat, gegen welche der Kläger neue Einreden vorgebracht hat.

Dies berücksichtigen §. 236 des Hannoverschen und Art. 211 des Baierischen Entwurfs, indem sie bestimmen:

> „Enthält die Vernehmlassung auf die Klage eine Einrede oder Wiederklage, so läuft zu deren Beantwortung eine Frist von einer Woche.
>
> „Wird gegen die Wiederklage eine Einrede vorgeschützt, so ist letztere binnen einer Frist von gleicher Dauer zu beantworten."

Indeß ist die Einrede in manchen Fällen so einfach, daß sie, besonders wenn die Beschleunigung der Sache wünschenswerth erscheint, auch bei der gleich anzuberaumenden mündlichen Verhandlung beantwortet, und deshalb, nach dem Ermessen des Richters, der Schriftwechsel schon mit der Klagebeantwortung geschlossen werden kann.

Außerdem fragt es sich aber auch, wer bei der in den drei Entwürfen beliebten Französischen Art des Schriftwechsels darüber entscheiden soll, ob wirklich in der Klagebeantwortung eine Einrede enthalten ist, wenn diese z. B. versteckt in der Form eines bedingten

Zugeständnisses vorgebracht ist. Der Gerichtsvollzieher kann diesen Streit nicht schlichten, dem Gerichte steht aber die Entscheidung nicht zu.

Man sieht aus alledem, wie wenig die Preußischen Motive in das Wesen des Deutschen Proceßganges eingedrungen sind, wenn sie die Behauptung aufstellen: „daß die mit dem Proceßbetrieb durch die Gerichte verbundenen Geschäfte sich zum größten Theil für das Richteramt wenig passen."

Während der Französische Richter vor dem Audienztermine den Proceß mechanisch gehen läßt, entwickelt der Deutsche Richter schon bei der Einleitung der Klage und bei jedem Schritte, den der Proceß ferner thut, eine erfolgreiche und wichtige Thätigkeit, indem er bald hindernd bald fördernd einschreiten muß, um ungerechte Angriffe zu hindern und unnütze Weiterungen abzuschneiden. Fassen wir nun die

Art und Weise des Schriftwechsels

im Deutschen und Französischen Processe in's Auge, so stellt im ersteren der Richter dem Verklagten die Klage zur Beantwortung binnen einer angemessenen Frist zu, und erfordert in gleicher Weise die Replik und Duplik, wenn es nach seinem Ermessen einer solchen bedarf. Dies Verfahren ist einfach und sachgemäß. Es läßt den Parteien die möglichste Freiheit.

Der Preußische, Baierische und Hannoversche Entwurf ordnen dagegen in Uebereinstimmung mit dem Französischen Rechte folgendes Verfahren für den gewöhnlichen Proceß an:

1) Die Klage muß von einem bei dem Proceßgerichte angestellten Anwalte angefertigt werden (§. 295 des Preußischen, Art. 204 des Baierischen und §. 231 des Hannoverschen Entwurfs).

Es ist dies für den Kläger, welcher nicht in der Nähe des Proceßgerichts wohnt, ein unnöthiger Zwang, weil man nicht sieht, warum er die Klage, wenn er sie einmal des Französischen Anwaltszwanges wegen nicht selbst anfertigen kann, nicht von einem ihm nahe wohnenden Sachwalter abfassen lassen darf. Dies gilt besonders, wenn der Kläger glaubt, daß der Gegner sich gar nicht auf den Proceß einlassen wird, die Bestellung eines besondern Anwalts beim Proceßgerichte also überflüssig erscheint.

2) Soll die Klage die Aufforderung an den Verklagten enthalten, zur Führung des Processes innerhalb der gesetzlichen Frist einen bei dem Proceßgerichte angestellten Anwalt zu ernennen, welcher noch vor Ablauf dieser Frist sich als Anwalt zu bestellen habe; eine nähere Bezeichnung dieser Frist ist nicht erforderlich. (§. 296 des Preußischen, Art. 204 des Baierischen und §. 231 des Hannoverschen Entwurfs.)

Also nicht einmal die Dauer der Frist braucht in der Aufforderung ausgedrückt zu sein, es ist Sache des Verklagten, sich nach der gesetzlichen Dauer der Frist zu erkundigen; viel weniger erfährt der Verklagte, wie im Deutschen Proceß durch den Richter, welche Nachtheile ihn treffen, wenn er der Aufforderung nicht innerhalb der Frist Folge leistet.

Während aber bei uns ohne Weiteres die Beantwortung der Klage erfordert wird, ordnen die drei Entwürfe in Französischer Weise zuerst nur die Bestellung eines Anwalts für den Verklagten an. Wozu dies Zwischenspiel dienen soll, ist aber in der That gar nicht abzusehen. Es wäre doch weit einfacher, an den Verklagten die Aufforderung ergehen zu lassen, daß er dem Anwalte des Klägers eine Klagebeantwortung übergiebt, welche von einem der beim Proceßgericht angestellten und vom Verklagten bevollmächtigten Sachwalter verfertigt ist.

Hätten die drei Entwürfe das Französische Vorbild nicht vor Augen, so würden sie schwerlich auf dieses Zwischenspiel verfallen sein.

3) Genügt der Verklagte der Aufforderung, die Klage zu beantworten, nicht, so faßt der Deutsche Richter ohne Weiteres den Contumacialbescheid ab.

Das geht aber nach dem Preußischen Entwurfe nicht, da muß man unterscheiden. Hat der Verklagte keinen Anwalt bestellt, so muß Kläger nach §. 365 u. 367 des Entwurfs den Antrag auf Erlaß des Versäumnißurtheils stellen und in einer Sitzung des Gerichts diesen Antrag begründen.

Hat aber der Verklagte wohl einen Anwalt bestellt, dieser aber die Klage nicht beantwortet, so muß nach Art. 304 nun erst wieder der Anwalt des Klägers den Gegner zur mündlichen Verhandlung der Sache vorladen.

So führt dies künstliche Französische Verfahren nur zu Verzögerungen der Sache, welche beim Deutschen Processe fortfallen.

Ganz besonders merkwürdig ist aber

das Zustellungsverfahren

nach den drei Entwürfen; danach erfolgt die Zustellung nicht von Amtswegen.

Während im Deutschen und Preußischen Processe der Richter den Parteien in allen Fällen von seinen Beschlüssen ungesäumt Kenntniß giebt, bestimmt §. 245 des Preußischen Entwurfs:

„Die Parteien, auf deren Gesuch ein Beschluß des Gerichts oder eine Verfügung des Vorsitzenden oder eines einzelnen Richters erlassen ist, wird von demselben nicht von Amtswegen mittelst Zustellung oder in anderer Art in Kenntniß gesetzt, in so fern das Gesetz nicht ein Anderes bestimmt. Die Partei ist nur befugt, auf der Gerichtsschreiberei von dem Beschlusse oder der Verfügung Einsicht zu nehmen und sich eine Ausfertigung oder Abschrift ertheilen oder in den betreffenden Fällen die Urschrift sich aushändigen zu lassen."

Die Motive bemerken hierzu: der Grundsatz des §. 245 stehe im Zusammenhange mit §. 293, welcher lautet:

„Der Gerichtsschreiber ist verpflichtet, einer Partei, so wie ihrem Bevollmächtigten und Rechtsnachfolger die auf den Proceß sich beziehenden Urtheile und anderen Schriften, welche auf der Gerichtsschreiberei verwahrt werden, auf Verlangen zur Einsicht vorzulegen und auf Erfordern Abschriften und Auszüge dieser Schriften, ingleichen Ausfertigungen der Urtheile, Beschlüsse, Verfügungen und Protokolle zu ertheilen."

Die Vorschriften erklärten sich aus dem Grundsatze, daß der Richter sich in der Regel darauf beschränke, über Anträge durch Urtheil, Beschluß oder Verfügung zu befinden und die letzteren schriftlich zu fixiren. Alles Uebrige sei Sache der Parteien. Der Richter correspondire weder mit den Parteien, noch macht er ihnen Zustellungen. Die Besorgniß, daß hieraus Unzuträglichkeiten und vielfache Beschwerden für die Parteien erwachsen können, sei, wie die Erfahrung im Rheinischen Rechtsgebiete lehrt, nicht begründet. Die Parteien würden im Gerichte des Bezirks entweder wohnen, oder doch Bevollmächtigte bestellt haben, welche dort ihren Wohnsitz haben. In der Praxis werde sich die

Sache auch dadurch einfacher gestalten, daß die Anwalte und Parteien bei den Gerichtsschreibereien sich die Zustellungen der Ausfertigungen, Abschriften u. s. w., sobald die Urschriften bei denselben eingegangen sein werden, vorher bestellen; außerdem ließe sich noch anderweitige Einrichtungen reglementarisch anordnen.

Während es die Aufgabe der Motive ist, die Gründe anzugeben, welche für die im Entwurfe enthaltenen Bestimmungen sprechen, sucht man hier vergeblich nach solchen Gründen, denn daß die Motive diese mangelhafte Einrichtung einen Grundsatz nennen, genügt nicht, vielmehr fragt man immer noch, auf welchen vernünftigen Gründen dieser sogenannte Grundsatz beruht.

Der einzige denkbare Grund ist auch hier wieder in der Passivität des Französischen Richters zu finden, der es nicht für geboten erachtet, dafür zu sorgen, daß seine Beschlüsse beachtet werden, sondern gern die Hände in den Schooß legt und die Unterbeamten schalten und walten läßt. Dies hat in Frankreich längst die Folge gehabt, daß der Richter die Hülfsmittel entbehrt, welche jeder andere Geschäftsmann zu seiner Disposition hat. Wie läßt sich irgend eine öffentliche Behörde ohne Correspondenz denken? Ist diese aber ein Theil des Geschäfts, so müssen dieser Behörde, also auch dem Gerichte, die Mittel gegeben werden, um den mit ihm in Verkehr Tretenden rasch und unmittelbar die nöthigen Mittheilungen machen zu können.

Bei jeder Behörde führt die Concentrirung der Arbeitskräfte zur Raschheit und Zuverlässigkeit des Geschäftsganges. Dies verkannte man in Frankreich, als man dort dem Richter die nöthigen Arbeitskräfte entzog, und den Unterbeamten eine selbstständige Stellung gab, dagegen hat man in Deutschland dem Richter stets die zum Verkehr mit den Gerichtseingesessenen nothwendigen Unterbeamten gewährt. In Preußen ist man aber in dieser Vereinigung der Arbeitskräfte wohl am weitesten gegangen. Während früher bei den größeren Gerichten nach der Verschiedenheit der Geschäfte verschiedene Locale und Beamte für die Registratur, die Canzlei, das Secretariat bestanden, hat man den Geschäftsgang bureaumäßig eingerichtet. Es bestehen für die verschiedenen Arten der gerichtlichen Geschäfte abgesonderte einzelne Bureaus. Jedes Bureau hat seinen Vorsteher, dem wieder Beamte beigeordnet sind, welche unter seiner unmittelbaren Aufsicht und in demselben Zimmer die Canzlei-, Registratur- und Secretariatsgeschäfte besorgen. So erfreut

sich der Geschäftsgang einer musterhaften Raschheit und Zuverlässigkeit.

Mit Recht fragt man nun doch wohl nach sachlichen Gründen, warum diese deutsche Art und Weise des Geschäftsganges aufgehoben werden soll. Welche Nachtheile dieselbe für die Gerichtseingesessenen gehabt hat. Welche Vortheile die Gerichtseingesessenen von der Französischen Einrichtung zu gewärtigen haben.

Von alle dem sagen die Motive nichts. Es ist eben Französisch — dies ist der einzige Grund, warum wir die mangelhafte Einrichtung in Deutschland einführen sollen. Die Motive erwähnen zwar die gerechte Besorgniß, daß aus diesem Französischen Verfahren bei uns Unzuträglichkeiten und vielfache Beschwerden für die Gerichtseingesessenen entstehen möchten, glauben sie aber durch die Erfahrungen in der Rheinprovinz beseitigen zu können.

Nun mag man sich im Rheinischen Rechtsgebiete, wie an so viele, so auch an diese Unzuträglichkeiten des vom Französischen Machthaber eingeführten Verfahrens gewöhnt haben. Das ist aber doch kein Grund dafür, solche mangelhafte Einrichtungen in ganz Deutschland zur Geltung zu bringen. Die Motive deuten selbst an, daß die ungesäumte Zustellung ohne jedesmaligen besondern Antrag und ohne stets wiederholte Nachfrage, ob der Beschluß oder das Erkenntniß vom Gericht beim Gerichtsschreiber eingegangen sein möchte, auf dem Wege der Gefälligkeit zu erlangen sein werde. Solche Gefälligkeiten führen aber natürlich zu Mißbräuchen, denn der Gerichtsschreiber braucht nicht gegen alle Parteien in gleichem Maaße gefällig zu sein. Der Verkehr mit dem Gerichte muß ganz correct und für alle Parteien in gleicher Weise geregelt sein. Das war von jeher Deutscher Grundsatz.

Da der Entwurf selbst aber doch in Processen vor dem Einzelrichter den Parteien in Person die Betreibung ihrer Processe zuläßt, so sollte er mindestens anordnen, daß denjenigen Parteien, welche selbst ihren Proceß betreiben, die Beschlüsse ohne jedesmaligen besondern Antrag zugestellt werden. Wenn auch, wie die Motive hervorheben, die Parteien im Bezirke des Gerichts wohnen, so ist es doch nicht zu verlangen, daß sie sich die Beschlüsse holen, von denen sie nicht wissen, wann sie ergehen werden. Jedenfalls bleiben eben dieses Abwartens wegen die Beschlüsse und Erkenntnisse oft liegen, ehe sie zur Kenntniß der Partei kommen, was den Fortgang des Processes ohne Noth verzögert.

Während man sich auf dem linken Rheinufer die Raschheit und Zuverlässigkeit des Geschäftsganges bei dem Deutschen und Preußischen Gerichte zum Muster dienen lassen sollte, will der Entwurf in Preußen einen längst überwundenen Zustand einführen, weil man in Frankreich und am Rhein über denselben noch nicht hinausgekommen ist.

Auch der Baierische Entwurf schließt sich den Bestimmungen des Preußischen Entwurfs in dem Art. 145 an. Eben so der Hannoversche Entwurf im §. 162 u. 274, doch soll nach Abs. 2 des §. 162 in Rechtsstreitigkeiten, für welche Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, und beim schriftlichen Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung eine Mitwirkung des Gerichts in der Art eintreten, daß der Gerichtsschreiber die zu behändigenden Schriftstücke dem zuständigen Gerichtsvollzieher mittheilt, wenn nicht die Partei erklärt, denselben unmittelbar beauftragen zu wollen. Man lenkt so etwas ein; aber wie viel fehlt auch da noch an der Raschheit und Zuverlässigkeit des Deutschen Zustellungsverfahrens. Was nun insbesondere

die Art und Weise der Zustellung

angeht, so ist die Zustellung nach §. 142 und 144 des Preußischen Entwurfs im Inlande nur durch den Gerichtsvollzieher desjenigen Bezirks zu bewirken, in welchem der Empfänger wohnt. Liegt dessen Wohnort also außerhalb des Bezirks des Proceßgerichts, so muß derjenige, dem die Zustellung obliegt, sich erst erkundigen, wer denn der Gerichtsvollzieher in jenem Bezirk ist, um sich demnächst schriftlich an diesen zu wenden und ihn um Bewirkung der Zustellung zu ersuchen.

Der Zustellungsbevollmächtigte.

Um im Processe dieser Weitläufigkeit den Parteien gegenüber zu entgehen, bestimmt §. 152—154 des Preußischen Entwurfs, daß nach Analogie der Vorschriften der Art. 435, 559, 584, 634, 673, 783 und 927 des Code de procédure in Processen, deren Führung den Parteien in Person gestattet ist, jede Partei, welche weder am Orte des Proceßgerichts, noch im Bezirke desselben wohnhaft ist, bei einem am Orte des Gerichts wohnenden Dritten Wohnsitz nehmen soll. Dasselbe bestimmen Art. 472 des Baierischen und §. 165 des Hannoverschen Entwurfs.

Verschieden ist aber die Auskunft, welche die drei Entwürfe für den Fall treffen, wenn die Partei die ihr obliegende Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten unterläßt.

Nach §. 154 des Preußischen Entwurfs soll dann die Zustellung an die säumige Partei mittelst Aufgabe zur Post von Seiten eines Gerichtsvollziehers unter Adresse der Partei nach dem in dem Proceßverfahren angegebenen Wohn- oder Aufenthaltsorte derselben erfolgen. Die Zustellung gilt mit der Aufgabe zur Post auch dann für bewirkt, wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt.

Art. 472 Abs. 3 und 4 des Baierischen Entwurfs bestimmt: Wenn die Partei der Aufforderung, einen Zustellungsbevollmächtigten zu ernennen, nicht Genüge leistet, so können die Zustellungen, so weit sie an den Zustellungsbevollmächtigten geschehen sollten, mit der bezeichneten Wirkung von dem Gerichtsschreiber gemacht werden, welcher die empfangenen Actenstücke an die Partei gelangen läßt (aber auf welche Weise?).

Endurtheile sind jedoch inländischen Parteien in allen Fällen in Person oder im Wohnsitze zuzustellen.

§. 166 des Hannoverschen Entwurfs sagt: daß, wenn die Ernennung des Behändigungsbevollmächtigten unterblieben ist, derselbe vom Vorsitzenden des Gerichts ernannt ist.

So sucht also jeder dieser drei Entwürfe auf andere Weise den Schwierigkeiten zu entgehen, welche entstehen, wenn die vom Gesetz gebotene Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten nicht erfolgt ist.

Man hätte indeß weiter zurückgehen und lieber fragen sollen, ob wir denn in Deutschland überhaupt noch der Bestellung solcher Zustellungsbevollmächtigten bedürfen. Das ist doch außer Zweifel, daß die Zustellungen an Zuverlässigkeit verlieren, wenn sie nicht unmittelbar an den Empfänger erfolgen; wie kann es die abwesende Partei hindern, daß die dem Zustellungsbevollmächtigten behändigten Schriftstücke bei demselben liegen bleiben? Freilich kann man sagen, da mag sich die Partei an den säumigen Zustellungsbevollmächtigten halten.

Wozu will man aber eine Französische Neuerung einführen, welche für die P a r t e i e n nur Unbequemlichkeiten und Unsicherheit zur Folge hat?

Bisher hat man sich in Preußen der Post zur Behändigung der Zustellungen an die abwesenden Parteien bedient. Nun be-

merken zwar die Motive zum Preußischen Entwurf S. 38, daß die Zustellung durch die Postboten, welche nicht einmal der Aufsicht der Gerichte unterworfen sind, nicht immer so geübt und zuverlässig seien, wie es im Interesse der Parteien und der Rechtspflege nothwendig ist.

Dabei übersieht aber der Entwurf, daß er ja auch die Zustellungsbeamten der Aufsicht des Gerichts entziehen will. Uebrigens unterliegen aber auch die Postbehändigungen in so fern der Aufsicht des Gerichts, als die Bureauvorsteher verpflichtet sind, alle Behändigungsscheine gleich nach deren Eingang besonders zu prüfen, und alle vorgenommenen Mängel sofort zu deren Beseitigung anzuzeigen.

Es ist aber auch unrichtig und widerspricht den überall in Preußen gemachten Erfahrungen, wenn in den Motiven behauptet wird, daß die Behändigung durch die Post nicht die gehörige Sicherheit gewähre. Hätte sich dies herausgestellt, so würde diese Behändigungsweise nicht in immer größerem Umfange zur Anwendung gekommen sein.

Zuerst bestimmte nämlich §. 42 der Preußischen Instruction zur Verordnung vom 1. Juni 1833 nur für die Behändigung von Erkenntnissen, daß bei deren Uebersendung das Gericht einen Postbehändigungsschein beizufügen habe, auf welchem das Postamt zu ersuchen sei, die Behändigung durch einen vereideten Postboten bewirken zu lassen, den Behändigungsschein mit der Bescheinigung, welche der Empfänger, und dem Atteste über die an ihn persönlich oder seine Angehörigen erfolgte Behändigung, welches der Postbote darauf zu bemerken hat, zurückzusenden.

Diese Einrichtung hat sich so sehr bewährt, daß sie im ganzen Preußischen Staat, mit Ausnahme der Hohenzollernschen Lande und des Französischen Rechtsgebiets, für die Behändigung aller Erkenntnisse und Verfügungen, mit Ausnahme der Currenden, durch das Gesetz vom 20. September 1862 gestattet ist.

Bei der jetzigen Einrichtung des Postwesens, nach welcher an jeden Ort hin eine tägliche Bestellung erfolgt, hat diese Art der Behändigung an Raschheit unbedingt vor jeder andern den Vorzug. Sie macht die allerwenigsten Umstände, sie ist aber auch weit zuverlässiger als die lästige und unzuverlässige Art der Behändigung, an besondere zur Empfangnahme der Zustellungen ernannte Bevollmächtigte.

Unterschrift der Behändigungsurkunde durch den Empfänger.

Die beste Gewähr für den richtigen Empfang liegt aber darin, daß der Empfänger sich durch seine Namensunterschrift zu dem richtigen Empfange bekennt. Deshalb müssen jetzt in Preußen die Behändigungsurkunden von dem Empfänger unterschrieben werden. Dagegen verlangen §. 166 des Preußischen, Art. 179 des Baierischen und §. 171 des Hannoverschen Entwurfs nicht die Unterschrift des Empfängers, sondern nur die Unterschrift des Gerichtsvollziehers, welcher die Zustellung bewirkt zu haben versichert.

Sonach ist die jetzige Behändigung durch die Post einfacher, rascher und zuverlässiger, als die von diesen drei Entwürfen vorgeschlagene Zustellungsweise.

Da aber der Postverkehr auf dem linken Rheinufer auf derselben Stufe steht, wie diesseits des Rheins, so sollte man umgekehrt den deutschen Gerichtseingesessenen des linken Rheinufers auch in Beziehung auf ihren Verkehr mit den Gerichten vollständig diejenigen Vortheile zukommen lassen, welche die Gerichtseingesessenen im übrigen Deutschland bereits genießen.

Nichtigkeit der Zustellungsurkunde wegen Formfehlern.

§§. 166 und 172 des Preußischen Entwurfs lauten:

Die Zustellungsurkunde muß enthalten:

1) das Jahr, den Monat und den Tag der Zustellung;
2) bei der Zustellung an einem Sonntage oder allgemeinen Feiertage die Bezeichnung der richterlichen Verfügung, durch welche die Erlaubniß ertheilt ist;
3) den Namen, den Stand oder das Gewerbe und den Wohnort des Auftraggebers, und wenn letzterer ein Proceßbevollmächtigter oder Vertreter ist, auch den Namen der Partei, welche er vertritt;
4) den Namen, den Stand oder das Gewerbe desjenigen, für welchen die Zustellung bestimmt ist;
5) den Gegenstand der Zustellung unter Bezeichnung der ausgehändigten Schriften;
6) die Angabe des Orts der Zustellung und die Bezeichnung der Person, an welche die Zustellung erfolgt ist;
7) die Angabe, daß eine Abschrift der Zustellungsurkunde

und der mitzutheilenden Schriften übergeben und zurückgelassen ist;

8) die Unterschrift des Gerichtvollziehers unter Angabe seiner amtlichen Eigenschaft und seines Wohnorts.

§. 172.

Die Zustellung ist nichtig:

1) wenn sie von einem Gerichtsvollzieher bewirkt ist, welcher nicht zuständig war (§. 144) oder welcher die Zustellung nicht übernehmen durfte (§. 145);

2) wenn sie zu einer gesetzlich nicht erlaubten Zeit (§. 156 u. 157) oder an einem gesetzlich nicht zulässigen Ort (§. 155) erfolgt ist;

3) wenn die Zustellungsurkunde den Erfordernissen der §§. 166, 167 nicht entspricht.

Der letzte Paragraph zählt also nach dem Vorbilde des Französischen Rechts bestimmte Förmlichkeiten auf, welche sämmtlich beobachtet sein müssen, wenn die Zustellung überhaupt wirksam sein soll. Das Französische Recht will der Leichtfertigkeit der Beamten dadurch einen Riegel vorschieben, daß es die strenge Beobachtung bestimmter Förmlichkeiten vorschreibt und bei irgend einer unbeachtet gebliebenen Förmlichkeit die ganze Rechtshandlung für null und nichtig erklärt.

Dies verstößt aber vollständig gegen die Deutsche Rechtsübung. Der Deutsche ist nicht so leichtfertig, wie der Franzose. Dies offenbart sich schon in dem bei uns vielfach zur Anwendung kommenden Grundsatz: legalia praesumuntur. Deshalb sagt auch der Sächsische Entwurf in §. 127 mit gutem Grunde: Für die Gesetzmäßigkeit der amtlichen Handlungen des Richters spricht die Vermuthung. In der That kann man von dem Deutschen Gerichtsbeamten annehmen, daß er in der Regel das ihm obliegende Geschäft genau den bestehenden Vorschriften gemäß besorgt.

Aber auch im Princip läßt sich diese Französische Nichtigkeitstheorie nicht rechtfertigen. Die Förmlichkeiten berühren in vielen Fällen gar nicht das Wesen der Sache. Es muß daher in jedem einzelnen Falle dem Richter überlassen werden, zu prüfen, ob die gerügten Mängel wesentlich waren oder nicht. Es ist eine unglückliche Casuistik, alle einzelnen Förmlichkeiten im Gesetz angeben zu wollen, welche in jedem einzelnen Falle so erheblich sein sollen,

daß deren Nichtbeachtung die Nichtigkeit der ganzen Rechtshandlung zur Folge haben soll.

So sieht man z. B. nicht:

zu 1 des §. 172, warum die Zustellung nichtig sein soll, wenn sie von einem unzuständigen Gerichtsvollzieher bewirkt ist, da doch seine amtliche Versicherung der Behändigung auch Glauben verdient, und nur der zustellende unzuständige Gerichtsvollzieher dem zuständigen die Sporteln entzieht;

zu 2 des §. 172 erscheint Ort und Zeit der Zustellung nicht wesentlich, wenn die Partei doch selbst das Schriftstück in Empfang genommen hat; was aber

zu 4 die sämmtlichen Erfordernisse der Zustellungsurkunde angeht, so ist es auch nicht immer ein wesentlicher Mangel, wenn nicht alle im §. 166 angegebenen Angaben in derselben zu finden sind. Warum soll es die rechtliche Wirkung der Zustellung aufheben, wenn die Zustellung an den Empfänger selbst, aber am Sonntag geschehen ist, wenn der Wohnort des Auftraggebers, oder der Name der vom Auftraggeber vertretenen Partei in der Zustellungsurkunde nicht besonders bemerkt ist, dieselbe aber doch aus den übergebenen Schriften erhellt u. s. w.

In diesem Punkte gehen der Baierische und Hannoversche Entwurf nicht so weit in der Nachahmung des Französischen Rechts, denn nach §. 173 des Hannoverschen Entwurfs kann das Gericht auf Antrag oder von Amtswegen anordnen, daß unrichtig vorgenommene Behändigungen verbessert und ungenügende Behändigungsurkunden ergänzt werden.

Art. 198 des Baierischen Entwurfs aber lautet: Wenn die Nichtigkeit einer Vorladung oder Zustellung von der Gegenpartei geltend gemacht wird, und der Richter findet, daß aus der nichtigen Handlung kein Nachtheil erwachsen ist, oder daß ohne Nachtheil für die Gegenpartei eine Berichtigung oder Ergänzung der fehlerhaften Zustellung oder die Wiederholung derselben stattfinden kann, so soll der Richter auf Kosten der fehlenden Partei oder des schuldigen Gerichtsvollziehers das Eine oder das Andere verfügen, oder die sonst zur Abhülfe geeignete Anordnung treffen.

Ungültigkeit der Protokolle.

§. 285 und 286 des Preußischen Entwurfs lauten: Die Protokolle der außerhalb der Sitzungen verhandelnden Einzelrichter, der beauftragten oder ersuchten Richter, so wie diejenigen der Gerichtsschreiber müssen enthalten:

1) Den Ort und den Tag der Verhandlung, so wie die Namen der mitwirkenden Gerichtspersonen;
2) die Namen der Personen, mit welchen verhandelt ist, so wie die Bemerkung, daß das Protokoll in ihrer Gegenwart aufgenommen sei;
3) die Unterschrift der Personen, mit welchen verhandelt ist, so wie die Bemerkung, daß die Unterzeichnung nach vorheriger Vorlesung und Genehmigung erfolgt sei;
4) die Unterschrift der mitwirkenden Gerichtspersonen.

§. 286.

> Wenn das Protokoll den Erfordernissen des §. 285 nicht entspricht, so hat dasselbe nicht die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde.

Eine derartige dem Art. 269 folgende des Code de procédure nachgebildete Bestimmung enthält auch Art. 140 des Baierischen, nicht aber der Hannoversche Entwurf.

In der That sieht man nicht ein, warum das Protokoll den öffentlichen Glauben verlieren soll, wenn es z. B. nicht den Namen der mitwirkenden Gerichtspersonen besonders angiebt, wohl aber dieselben das Protokoll unterschrieben haben, oder wenn das Protokoll nicht die Bemerkung enthält, daß das Protokoll in Gegenwart des Vernommenen aufgenommen worden ist, während es doch von dem Vernommenen unterschrieben ist u. s. w.

Weit richtiger wäre es, den §. 288 des Entwurfs, welcher sich auf das Verbot bezieht, in dem Protokolle etwas überzuschreiben, einzuschalten oder zu radiren, und welcher lautet:

> daß bei einer Verletzung dieses Verbots der Richter zu beurtheilen habe, ob und in welchem Umstande demselben die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde ganz oder theilweise beizulegen sei,

auch für die Verletzung der im §. 285 gegebenen Bestimmungen gelten zu lassen.

Freilich könnte man noch einwenden, daß die zur Sprache ge-

brachten Bedenken dadurch an Gewicht verlieren, daß §. 292 des Preußischen Entwurfs bestimmt:

Ist eine Proceßhandlung wegen Verletzung einer die Form oder das Verfahren betreffenden Vorschrift nichtig, so muß die Nichtigkeit bei der ersten mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden, in welcher auf die Proceßhandlung Bezug genommen wird, widrigenfalls die Nichtigkeit als geheilt anzusehen ist.

Es ist dieser §. dem Art 173 des Code de procédure nachgebildet, welcher lautet:

Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte, si elle n'est proposée avant toute défense, ou exception autre, que les exceptions d'incompétence.

Diese Bestimmung ist aber ein reiches Feld für Controversen. Gleich die Bedeutung der Worte „acte de procédure" ist streitig. Schlink sagt z. B. Bd. II S. 77 seines Commentars über die Französische Civilproceß-Ordnung:

„Man findet zwar in der Civilproceß-Ordnung selbst keine Definition der Worte acte de procédure, allein deren Bedeutung läßt sich aus den Worten geschätzter Schriftsteller, welche ihrer Sprache vollkommen mächtig waren, feststellen.

Merlin in seinem Répertoire, definirt....

Auch unser Entwurf enthält keine Definition der Worte „Proceßhandlung", und wenn auch die Motive eine solche geben, so haben diese doch keine gesetzliche Autorität. Es würde daher immer auch für die Deutschen Richter nothwendig bleiben, auf die Französischen Quellen zurück zu gehen.

Unter den Proceßhandlungen sollen nämlich nach den Motiven S. 61 verstanden werden:

a) solche Handlungen, welche von nicht richterlichen Beamten auf Betreiben einer Partei zur Führung des Rechtstreits vorgenommen werden, und

b) solche Handlungen, welche vom Gerichte im Laufe des Verfahrens vorgenommen werden, ohne Acte der Rechtsprechung zu sein.

Man sieht aber nicht, warum die Handlungen, welche die Parteien selbst im Laufe des Processes vornehmen, so wie, warum die Acte der Rechtsprechung nicht auch zu den Proceßhandlungen ge-

rechnet werden sollen. Jedenfalls wäre also das Wort nicht glücklich gewählt, oder die Definition der Motive müßte in das Gesetz aufgenommen werden.

Indeß erscheint auch dies Französische Mittel nicht geeignet, um die nachtheiligen Folgen der angedrohten Nichtigkeiten zu beseitigen.

Einmal kann nämlich diese Präclusion ohne alle Schuld des Benachtheiligten eintreten, wenn dieser nämlich zur Zeit der nächsten mündlichen Verhandlung ohne seine Schuld noch gar keine Kenntniß von der ihm nachtheiligen Verletzung der Förmlichkeit hatte. Auf der andern Seite, wenn man, wie dies Deutschen Rechtens ist, die Folgen der Formverletzungen auf ihren wahren Werth zurückführt, und an dieselben nicht ungerechtfertigte Nichtigkeiten knüpft, so tritt auch nicht, wie im Französischen Processe, das Bedürfniß ein, die Rüge wirklich vorgefallener Verstöße gegen die Form durch eine Präclusivfrist zu beseitigen. Es ist vielmehr nicht abzusehen, warum nicht *wesentliche* Verstöße gegen die Form auch im weiteren Laufe des Verfahrens, z. B. also noch in zweiter Instanz gerügt werden sollen.

Fernere dem Französischen Formalismus entsprechende Bestimmungen finden wir noch in den §§. 278 und 279 des Preußischen Entwurfs, welche lauten:

§. 278: Die Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nur durch das Sitzungsprotokoll dargethan werden.

Gegen den Inhalt desselben findet ein Gegenbeweis nicht statt.

§. 279: Das Sitzungsprotokoll muß insbesondere enthalten:

1) den Tag der Verhandlung;
2) die Bezeichnung des Rechtsstreits;
3) die Namen der Parteien, so wie ihrer Bevollmächtigten;
4) die Namen der Richter, einschließlich der Ergänzungsrichter;
5) den Namen des Gerichtschreibers;
6) den Namen des Vertreters der Staatsanwaltschaft, wenn ein solcher mitgewirkt hat;
7) die Namen der verschiedenen Parteien, so wie die Namen der Anwalte, gesetzlichen Vertreter, der Bevollmächtigten und Rechtsbeistände, welche für oder neben den Parteien aufgetreten sind;
8) den Namen des Dolmetschers, wenn ein solcher zugezogen ist;

9) die Angabe, daß öffentlich verhandelt, oder daß die Oeffentlichkeit nach Maaßgabe der §§. 238, 239 ausgeschlossen ist.

§. 278 stellt also zunächst den Satz auf: daß die Beobachtung der Förmlichkeiten nur durch das Sitzungsprotokoll nachgewiesen werden kann.

So richtig nun auch der Satz ist, daß die Beobachtung der Förmlichkeiten durch das Sitzungsprotokoll dargethan wird, so entspricht es doch durchaus der Deutschen Rechtsanschauung, daß auch anderweiter Beweis darüber zugelassen wird, wenn durch irgend ein Versehen das Sitzungsprotokoll eine Lücke enthält. Indem der Entwurf in Französischer Weise durch Abschneidung jedes andern Beweismittels dem Inhalt des Sitzungsprotokolls sogar eine absolut negirende Wirkung für Alles in dasselbe nicht Aufgenommene beilegt, will er offenbar die Wichtigkeit des Sitzungsprotokolls den zur Aufnahme des Protokolls Verpflichteten recht sehr einschärfen, und diese dadurch zur möglichsten Genauigkeit anspornen. Es mag dies Mittel der Französischen Flüchtigkeit gegenüber sich empfehlen. Der Deutsche neigt aber nicht zur Flüchtigkeit. Es rechtfertigt sich daher bei uns in keiner Weise, dem Inhalt des Sitzungsprotokolls die Wirkung beizulegen, daß die Lücken desselben weder durch das Zugeständniß der Parteien, noch durch andere Beweismittel, z. B. das amtliche Zeugniß der protokollirenden Beamten, ausgefüllt werden können. Es führt dies dahin, daß in Französischer Weise der Proceß in einen starren Formalismus ausartet. Das Recht der Parteien wird von der Beobachtung von Formen abhängig, die an sich nicht wesentlich sind.

So ist z. B. die Nichtigkeitsbeschwerde nach §. 654 Nr. 2 des Entwurfs begründet, wenn das Urtheil auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei welcher die Vorschriften über die Oeffentlichkeit des Verfahrens verletzt sind.

Nach §. 279 Nr. 9 muß das Protokoll die Angabe, daß öffentlich verhandelt ist, enthalten.

Sonach ist jedes Erkenntniß nichtig, daß auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, von welcher nicht das Sitzungsprotokoll ausdrücklich sagt, daß öffentlich verhandelt ist.

Zunächst ist nicht abzusehen, warum der Vermerk, daß öffentlich verhandelt ist, überhaupt in das Protokoll aufgenommen werden soll. Bisher ist das nicht geschehen, und daraus noch kein Schaden

erwachsen. Die Thüren zum Sitzungssaal sind der Natur der Sache nach immer offen, das braucht also im Protokoll nicht noch besonders gesagt zu werden. Erst wenn wirklich ein Beschluß dahin gefaßt wird, daß die Oeffentlichkeit auszuschließen, so ist dies im Protokoll zu bemerken. So schafft der Entwurf einen neuen, aber ganz ungerechtfertigten Nichtigkeitsgrund.

Eben so ist das Erkenntniß nach §. 654 Nr. 3 nichtig, wenn aus Versehen im Sitzungsprotokoll der Name eines bei der mündlichen Verhandlung gegenwärtigen Richters fortgelassen ist, mögen auch beide Theile einig sein, daß der Richter, dessen Name fortgelassen ist, bei der Verhandlung gegenwärtig war.

Es ist um so ungerechtfertigter, daß die Parteien unter diesem Versehen der protokollirenden Beamten leiden sollen, als die Parteien kein Mittel haben, diese Versehen zu vermeiden, weil ihnen nach §. 281 Abs. 3 der die Förmlichkeiten betreffenden Theil des Sitzungsprotokolls nicht vorgelesen werden soll.

Ferner bestimmt Abs. 2 des §. 278, daß gegen den Inhalt des Sitzungsprotokolls kein Gegenbeweis stattfindet.

Dies führt wieder dahin, daß die Versehen der protokollirenden Beamten in keiner Weise unschädlich gemacht werden können, sondern daß die Parteien darunter unausbleiblich zu leiden haben.

Freilich könnte man einwenden, daß die Vorschriften des §. 278 des Entwurfs nach Art 78 des Gesetzes vom 3. Mai 1852 auch für das Preußische Untersuchungsverfahren gelten. Das ist leider richtig, aber anstatt dies Französische System der Nichtigkeiten auch in unsern bürgerlichen Proceß einzuführen, sollte man lieber dasselbe auch im Preußischen Untersuchungsverfahren beseitigen, weil es der Deutschen Rechtsanschauung geradezu widerspricht.

Der Franzose liebt es wohl, sich an Aeußerlichkeiten zu halten, und an unwesentliche Formverletzungen die wichtigsten materiellen Nachtheile zu knüpfen, um auf diese Weise den Weiterungen zu entgehen, daß der Richter in jedem Falle prüfen soll, ob die bestrittene Formverletzung nicht nur eine scheinbare, also z. B. bei Aufnahme des Protokolls ein Versehen vorgefallen ist und ob der Formfehler, wenn er wirklich vorgekommen, auch von der Beschaffenheit ist, um einen wesentlichen Einfluß auf das materielle Recht der Parteien und die zu treffende Entscheidung zu üben.

Es widerstrebt dem Deutschen Rechtsgefühl, durch ein solches

System von Nichtigkeitsfällen den Formfehlern eine Bedeutung beizulegen, welche über den wahren Einfluß des Fehlers in jedem einzelnen Falle hinausgeht. Es will uns z. B. nicht einleuchten, warum die entscheidende Aussage eines nicht wieder zu erlangenden Zeugen darum nicht beachtet werden soll, weil dessen unbestritten erfolgte Vereidigung aus Versehen nicht im Sitzungsprotokoll vermerkt ist. Nach Deutscher Rechtsübung können auch die bei Aufnahme des Sitzungsprotokolls vorgefallenen Versehen zum Gegenstand der Erörterung unter den Parteien gemacht werden, und darf das Gesetz den Formfehlern keine größere Wirkung beilegen, als ihnen in jedem einzelnen Falle der Natur der Sache nach zukommt.

Discretionäre Gewalt des Richters.

Wir haben eben gesehen, wie der Preußische Entwurf, dem Französischen Rechte folgend, den Richter zwingt, Rechtshandlungen für wirkungslos anzusehen, bei welchen nach Deutscher Rechtsübung das Ermessen des Richters die wahre Tragweite der vorgekommenen Versehen nach dem eigentlichen Werthe derselben festzustellen hat.

Während nun in dieser Beziehung der Entwurf in Französischer Weise dem Richter unnütze Fesseln bereitet, giebt er in vielen anderen Beziehungen wieder auf Französische Art dem Ermessen des Richters einen so weiten Spielraum, daß der Richter bei diesem Ermessen geradezu auf das Gebiet eines souveränen Beliebens und ungewisser Möglichkeiten verwiesen wird, welches zu betreten der Deutsche Richter sich wohl hütet.

Nach Deutschem Ermessen muß der Richter für seine Entscheidungen eine feste, bestimmte, thatsächliche Unterlage haben. Wie weit der Preußische Entwurf hiervon entfernt ist, das ergeben folgende Bestimmungen:

§. 120 „Durch die Nachsuchung des Armenrechts wird der Proceß nicht gehemmt, unbeschadet der Befugniß des Gerichts, die Verhandlung der Sache bis zum Ablauf einer bestimmten Zeit oder bis zur Entscheidung über das Gesuch auszusetzen."

Bisher hat nun aber wenigstens im Preußischen Rechtsgebiete kein Gericht die Befugniß gehabt, um der Besorgniß halber den Proceß zu sistiren, daß die Partei nicht im Stande sein werde,

die Gerichtsgebühren zu bezahlen. Findet es sich wirklich, daß die Partei den eingeforderten Kostenvorschuß nicht zahlen kann, so wird er entweder gestundet, oder bei gänzlichem Unvermögen auch ganz niedergeschlagen. Das Armenrecht steht mit dem Fortgange des Processes in gar keinem Zusammenhange. Auch das Deutsche Proceßrecht stellt den Grundsatz auf: daß Niemand um geringen Vermögens willen an seinen Rechten verkürzt, oder hülflos gelassen werden solle, und hat unbemittelte Parteien mehrfach gesetzlich begünstigt (v. Linde, Lehrbuch §. 120).

Indem nun aber der Preußische Entwurf ohne alle Einschränkung dem Richter die Befugniß giebt, den Fortgang des Processes wegen der Armuth einer Partei zu hindern, so gewährt man dem Richter in Französischer Weise ganz freien Spielraum, ohne seine Entscheidung an das Vorhandensein bestimmter thatsächlicher Voraussetzungen zu binden. Man giebt damit den Armen der richterlichen Willkür preis.

Dies war bisher auch in der Rheinprovinz nicht der Fall. Dort hat erst die Cabinetsordre vom 16. Februar 1823 das Armenrecht organisirt, nirgend aber ist dem Gericht die Befugniß eingeräumt, den Fortgang des Processes der Armuth der Parteien wegen zu hemmen.

Weder der Baierische noch der Hannoversche Entwurf geben dem Gericht eine solche Befugniß.

Ferner bestimmt §. 324 des Preußischen Entwurfs:

> „Das Gericht ist befugt, ein Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, dessen Berücksichtigung einen Vorbescheid oder ein Zwischenurtheil nöthig machen würde, als zur Berücksichtigung nicht geeignet, zu verwerfen, wenn dasselbe nach seiner Ueberzeugung zum Verschleif der Sache geltend gemacht wird oder zurückgehalten ist. Von dieser Befugniß hat das Gericht insbesondere Gebrauch zu machen, wenn das Angriffs- oder Vertheidigungsmittel nicht bei der ersten, sondern erst bei einer späteren mündlichen Verhandlung vorgebracht wird."

Leonhardt spricht sich gegen diese Bestimmung in seinem zweiten Beitrage zur Reform des Civilprocesses S. 41 sehr nachdrücklich und ausführlich aus. Er bemerkt: „Unserer geringen Ansicht nach gereicht diese Vorschrift dem Entwurfe nicht zur Zierde. Sie dürfte die Würde und das Ansehen des Richteramtes gefährden, im

Anwaltsprocesse die Ehre des Anwaltsstandes antasten, ohne auf irgend welchen praktischen Erfolg auch nur mit einiger Sicherheit rechnen zu können..."

„Der §. 324 des Entwurfs erhält eine Lehre, welche Zink in seiner Schrift über die Ermittelung des Sachverhalts im Französischen Civilprocesse gepredigt hat. Aber sofort ist auch von einem der eifrigsten und geistreichsten Vertheidiger eines mündlichen Verfahrens Französischen Styls gegen diese Lehre für die Civilrechtspflege der Pfalz Protest eingelegt, in der sehr gerechtfertigten Befürchtung, daß durch eine solche Lehre das mündliche Verfahren in Deutschland werde discreditirt werden. Und wie steht es in Rheinpreußen? Haben auch hier die Gerichte eine Befugniß sich angemaßt, welche der code de procédure civile ihnen nicht einräumt? Es scheint nicht so zu sein, wenn die Motive, welche es sonst lieben, das Französische Proceßrecht als Rheinisches Proceßrecht zu bezeichnen und den code de procédure die Rheinische Proceßordnung nennen, an diesem Orte von dem Gebiete des Französischen Rechts reden. Auch dürften die Behauptungen und Exclamationen Zink's noch lange nicht genügen, um zu beweisen, daß das Princip des §. 324 in Frankreich heilsam gewirkt habe. Was Zink billig mäßige Amtsgewalt der Gerichte nennt, ist Deutsch ausgedrückt richterliche Willkür. . . ."

Der Baierische und Hannoversche haben eine dem §. 324 des Preußischen Entwurfs entsprechende Bestimmung nicht.

§. 334 des Preußischen Entwurfs

überläßt es dem Ermessen des Gerichts, auf Antrag des Klägers den vorgebrachten proceßhindernden Einreden die proceßhindernde Wirkung zu nehmen, und den Verklagten anzuweisen, sich zugleich auf die Hauptsache einzulassen. Das Gericht soll von dieser Befugniß Gebrauch machen, um jeder absichtlichen Proceßverschleppung Seitens des Beklagten entgegenzutreten.

Mit diesem Ermessen wird wieder das Gericht auf das Gebiet der Vermuthungen gewiesen, und die Willkür tritt an die Stelle des Gesetzes. Weit angemessener sind deshalb die Bestimmungen der Preußischen Verordnung vom 21. Juli 1846, welche im §. 5 u. 6 vorschreibt, daß der Verklagte solche Einreden, in so fern es Beweises derselben überhaupt bedarf, sofort zu bescheinigen hat. Das Gericht aber hat demnächst zu prüfen, ob der Antrag, zunächst nur

über die Einrede zu verhandeln, begründet, d. h. ob also die Einrede genügend dargethan ist.

Nimmt das Gericht dies an, so ist das Vorbringen der begründeten Einrede eben keine Verschleppung des Processes, und deshalb diese proceßhindernde Einrede vorweg zur Entscheidung zu bringen. Auf diese Weise hat das willkürliche Ermessen des Gerichts keinen Einfluß auf den Fortgang des Processes.

Weder der Baierische noch der Hannoversche Entwurf überlassen im vorliegenden Falle die Entscheidung dem richterlichen Ermessen.

§. 367

des Preußischen Entwurfs lautet:

> „Wird gegen den Beklagten*) wegen Versäumung der Anwaltsbestellung das Versäumnißurtheil beantragt, so hat das Gericht das in der Klage behufs Begründung des Anspruchs angeführte Sachverhältniß für richtig anzunehmen, und hiernach über den Anspruch des Klägers zu erkennen. Wenn jedoch die Richtigkeit der in der Klage oder in der Sitzung vorgetragenen Thatsachen dem Gericht ganz oder zum Theil bedenklich erscheint, so ist dasselbe befugt, den Kläger zur Beweisantretung aufzufordern und durch ein Beweisurtheil die Erhebung des Beweises anzuordnen."

Auch hier fragt man, welche thatsächlichen Unterlagen für diese Bedenken vorhanden sein sollen. Ist dahin vielleicht auch die persönliche Bekanntschaft mit dem Verklagten zu rechnen?

Nach den Motiven ist dieser Satz dem Rheinischen, d. h. dem Französischen Rechte entnommen. Doch wird zugleich bemerkt, daß auch in den Rheinlanden bei dem Ausbleiben des Verklagten regelmäßig affirmative Litiscontestation unterstellt werde. Hat sonach diese Bestimmung bereits im Französischen Rechte keinen praktischen Erfolg gehabt, so sieht man nicht, wozu sie doch wieder in das Preußische Gesetzbuch aufgenommen werden soll. Die Motive nehmen S. 82 selbst an, daß trotz dieser Bestimmung des Entwurfs auch

*) Es ist eine eigenthümliche Sprachweise des Preußischen, Baierischen und Hannoverschen Entwurfs, daß der Verklagte immer der „Beklagte" genannt wird. „Beklagen" ist doch etwas ganz anderes als „Verklagen". Freilich ist der Verklagte oft zu beklagen, aber doch nicht immer.

in Zukunft regelmäßig affirmative Litiscontestation angenommen werden würde. Der §. 307 stelle eine diesem Verfahren entsprechende Regel auf, deren gleichmäßige Handhabung in den übrigen Landestheilen schon wegen der bisherigen Gewöhnung anzunehmen sei. Nun fragen wir aber, warum soll diese bisherige Gewöhnung, die hier sogar mit der Französischen Praxis übereinstimmt, nicht im Preußischen Gesetze ihren Ausdruck finden, also beim Ausbleiben des Verklagten in allen Fällen das Zugeständniß der in der Klage behaupteten Thatsachen angenommen werden? Warum soll dies Französische richterliche Ermessen wieder im Preußischen Entwurfe erscheinen?

Die Motive sagen:

1) Es liege darin eine angemessene Milderung des Contumacialpräjudizes des Preußischen Processes.

Wie wenig angemessen diese Milderung ist, ergiebt aber gerade der Umstand, daß diese Milderung auch in Frankreich nicht praktisch geworden ist.

2) Durch diese Befugniß komme das Contumacialverfahren mit der Stellung in Einklang, welche der Entwurf dem Richter in Ansehung der Beurtheilung des factischen Streitmaterials überhaupt anweise.

Dies deutet auf das dem Richter im §. 324 eingeräumte, bereits bei Besprechung dieses §. aber zurückgewiesene richterliche Ermessen, ein Angriffs- oder Vertheidigungsurtheil, dessen Berücksichtigung einen Vorbescheid oder ein Zwischenurtheil nöthig machen würde, ohne Weiteres zu verwerfen.

Nach Art. 265 des Baierischen und §. 276 des Hannoverschen Entwurfs hat das Gericht beim Ausbleiben des Verklagten die zur Begründung der Klage vorgebrachten Thatsachen ohne Weiteres als zugestanden anzunehmen.

Was

die Vollmachtsprüfung

angeht, so weicht der Preußische Entwurf wesentlich von dem Grundsatze des Deutschen und Preußischen Processes: legitimatio fit judici ab, indem im §. 104 gesagt wird:

„In Processen, deren Führung in Person den Parteien gestattet ist, hat der Richter von Amtswegen zu prüfen, ob die als Bevollmächtigter einer Person auftretende Person

mit gehöriger Vollmacht versehen sei. In Anwaltsprocessen tritt diese Prüfung von Amtswegen nur im Falle der Nothwendigkeit einer Specialvollmacht ein.

Zunächst fragt man, wie kommt der §. 104 auf diesen Unterschied zwischen den Processen mit und ohne Anwaltszwang? Es kann doch in der Sache keinen Unterschied machen, ob die Partei aus Zwang, den ihr das Gesetz anthut, oder aus freiem Willen ihre Zuflucht zu einem Sachwalter genommen und diesem Vollmacht ertheilt hat.

Das Französische Recht kennt diesen Unterschied nicht. Nach diesem ist die Frage, ob wirklich ein Mandat ertheilt ist, wie Schlink Bd. II. S. 25 seines Commentars bemerkt, eine Frage, welche blos zwischen der Partei und ihrem Anwalte verhandelt werden kann, und das Gesetz hat unterstellt, daß der Gegner durch die Garantie, welche der Anwalt in seiner socialen Stellung darbietet, so wie durch die diesen betreffende Verantwortlichkeit, falls er sich unberufen in die Sache gemischt haben sollte, genügend geschützt sei. Durch diese Einrichtung fielen die in anderen Proceßordnungen so weitläufigen legitimationes ad causam (soll heißen ad processum) gänzlich hinweg, und die Erfahrung lehre, daß die Anwalte von ihrer Gewalt keinen größeren Mißbrauch machen, als ihre Collegen in denjenigen Ländern, worin man von ihnen ein Specialmandat verlangt.

Danach scheinen also doch wohl am Rheine solche Mißbräuche vorzukommen, wenn aber Schlink voraussetzt, daß dies auch im übrigen Deutschland der Fall sei, so irrt er. Es ist dies eben um deshalb nicht möglich, weil bei uns der Sachwalter allemal zum Zweck seiner Zulassung dem Gerichte gegenüber sich durch Vollmacht ausweisen muß.

Der Preußische Entwurf hat jedoch hier den Französischen Grundsatz nicht in seiner ganzen Reinheit aufgenommen, er soll nur für den Anwaltsproceß gelten, obgleich wir in den Motiven S. 29 den Französischen Satz ausgesprochen finden: dem Gerichte gegenüber gelte jeder Anwalt, welcher für eine Partei auftritt, als Bevollmächtigter derselben, da er zugleich die amtliche Erklärung abgebe: von ihr bevollmächtigt zu sein. Es sei nicht gerechtfertigt, dem Gerichte noch eine weitere Prüfung aufzulegen.

Der Grund spricht doch aber für den Anwalt, auch wenn er

in Processen auftritt, für welche der Anwaltszwang nicht gilt. Wie kommt also der Entwurf zu dieser Inconsequenz?

Die Motive antworten S. 30: Da in diesen Processen die Garantie, welche in der amtlichen Stellung und Standesehre der Anwalte liegt, nicht bei allen zugelassenen Vertretern zu finden ist, so sei die officielle Prüfung der Vollmacht als Regel hingestellt. Wie können indeß die anderen Vertreter auf die Standesehre der Sachwalter Anspruch machen? Verlangt aber die Standesehre der Anwalte, daß man sie unbedingt von Gerichts wegen als Bevollmächtigte ansieht, so muß das Gericht ihnen auch in Processen ohne Anwaltszwang glauben. Dennoch soll aber der Richter wieder den Anwalten niemals glauben, daß sie auch Specialvollmacht haben, denn diese soll er nach dem §. 104 von Amtswegen prüfen.

Man sieht, wie hier der Entwurf mit sich selbst in Widerspruch tritt.

Art. 68 des Baierischen und §. 336 des Sächsischen Entwurfs halten an dem Deutschen Rechtsgrundsatze fest, daß die Bevollmächtigten sich als solche auch dem Gerichte gegenüber in allen Fällen durch Vollmacht auszuweisen haben.

In Hannover ist, wie S. 1023 bis 1045 der Protokolle ergeben, diese Frage sehr gründlich erörtert worden. Es wurde von der einen Seite gefragt: welche Noth dazu dränge, die Grundsätze Deutschen Rechts und Deutscher Wissenschaft zu verlassen, den Proceß unter angeblichen, möglicherweise fingirten oder nicht giltig vertretenen Parteien auf die Gefahr der Nichtigkeit des ganzen Verfahrens zu verhandeln und zu entscheiden? Hiergegen wurde unter Anderem bemerkt: Selbst theoretisch könnten nur ganz besondere Gründe die Prüfung des Vollmachtspunktes von Amtswegen rechtfertigen, wenn man die eigentliche Aufgabe des Richteramts in's Auge fasse und erwäge, daß doch eigentlich nur die Parteien allein ein wesentliches Interesse haben, den Rechtsstreit mit dem wirklichen Gegner und beziehungsweise dessen wahren Vertreter auszufechten. Solche ganz besondere Gründe seien aber im §. 113 des Entwurfs, welcher lautet:

> „Der Bevollmächtigungspunkt kann von der Gegenpartei in jeder Lage des Rechtsstreites, von Amtswegen aber nur in so weit geltend gemacht werden, als jener nicht Gelegenheit geboten war, den Mangel der Vollmacht zu rügen,"

berücksichtigt, und für Fälle, wo sie eintreten, sei im Entwurfe die Officialprüfung des Vollmachtspunktes angeordnet.

Praktisch erscheine diese Prüfung von Amtswegen als durchaus unnöthig und als eine Quelle von Weitläufigkeiten und unnöthigen Proceßverzögerungen, während erfahrungsmäßig da, wo sie nicht stattfinde, niemals eine Schwierigkeit noch ein Nachtheil für eine Partei entstanden sei. Selbst die Motive des Baierischen Entwurfs, der in der Vorsicht so weit gehe, neben der angeordneten Officialprüfung doch noch die Nichtigkeitsklage gegen den als Gewalthaber Aufgetretenen und die Gegenpartei zur Anfechtung der ohne Vollmacht vorgenommenen Handlungen zuzulassen, müßten zugeben, daß sich die Französische Einrichtung, wonach sich der Richter um den Vollmachtspunkt gar nicht bekümmere, nirgends als schädlich erwiesen habe. Die Erfahrungen der Hannoverschen Obergerichtspräsidenten bestätigten dies, und seien um so werthvoller für die Beurtheilung dieser Frage, als diese richterlichen Beamten früher an die entgegengesetzte Einrichtung in ihrem praktischen Leben gewöhnt seien. Wünschenswerth sei es, daß aber auch die Mißbilligungsklage oder die Nichtigkeitsklage, wie sie der Baierische Entwurf enthalte, in die Proceßordnung mit aufgenommen werde.

Darauf wurde von anderer Seite entgegnet: Die Hannoverschen Obergerichtspräsidenten haben natürlich vorzugsweise nur das Verfahren vor den Collegialgerichten (mit Anwaltszwang) berücksichtigt. Von den wenigen, welche auch über das amtsgerichtliche Verfahren (ohne Anwaltszwang) sich ausgesprochen haben, werde zwar anerkannt, daß der dem Entwurfe gleichlautende §. 74 der Hannoverschen Proceßordnung in der Praxis keine erheblichen Uebelstände herbeigeführt habe, allein dieselben haben doch erhebliche Bedenken für dies Verfahren.

Wenn anerkannt werde, daß in Sachen, für welche Vertretung durch Anwälte nicht geboten sei, der Richter die Befugniß habe, die Partei auf Mängel in der Bevollmächtigung aufmerksam zu machen, so erscheine es angemessen, dies in geeigneter Weise auszudrücken . . .

Gehe man von der Voraussetzung aus, daß der Legitimationspunkt, als einer der wichtigsten Theile des processualischen Verfahrens, stets amtlich geprüft werden müsse, und zwar entweder von dem Gerichte, oder von den vom Staate bestellten Anwalten, so werde auch im letzteren Falle die Prüfung als eine amtliche

nach der ganzen Stellung, welche die Anwalte im Proceßverfahren erhalten, anzusehen sein.

Gehe der principale, von den Vertheidigern des Deutschen Grundsatzes gestellte Antrag zu weit, wenn er für alle Fälle die Officialprüfung der Vollmachten für das Gericht vorschreibe, so erscheine es ganz consequent, wenn der eventuelle Antrag eine solche für die Fälle anordne, wo Anwaltszwang nicht stattfinde, also eine Prüfung der Vollmacht des Vertreters der Gegenpartei, welche als eine amtliche zu betrachten sei, nicht erfolge.

Durch die Annahme dieses Antrags würden auch in der Proceßordnung keineswegs zwei verschiedene Systeme für das Verfahren vor den Collegialgerichten, bezüglich vor den Einzelgerichten gebracht. Für beide Arten gelte vielmehr dasselbe Princip, daß eine Prüfung des Bevollmächtigungspunktes durch amtlich bestellte und verantwortliche Personen, Gericht oder Anwalte, erfolgen müsse, woraus denn consequent folge, daß da, wo keine Anwalte thätig werden, eine Prüfung durch das Gericht eintreten müsse.

Auf Grund dieser Erwägungen wurde §. 113 des Hannoverschen Entwurfs angenommen, welcher lautet:

> „Der Mangel ordnungsmäßiger Vollmacht kann von der Gegenpartei in jeder Lage des Rechtsstreites gerügt werden.
>
> „Auch der Richter hat von Amtswegen für Beibringung ordnungsmäßiger Vollmacht Sorge zu tragen, jedoch, so weit Vertretung durch Anwalte geboten ist, nur in Fällen, in welchen die Gegenpartei keine Gelegenheit hatte, den Mangel der Vollmacht zu rügen."

Wenn hier, wie im §. 104 des Preußischen Entwurfs, die Prüfung des Vollmachtspunktes dem Gerichte in Anwaltsprocessen entzogen wird, so geschieht dies doch auf Grund anderer, und zwar sehr beachtungswerther Erwägungen. Auch macht im Falle der Contumaz sogar in Anwaltsprocessen der §. 113 des Hannoverschen Entwurfs dem Gerichte die Prüfung des Vollmachtspunktes zur Pflicht.

Berücksichtigt man freilich die bereits von uns hervorgehobenen Bedenken, welche dagegen sprechen, den Anwaltszwang einzuführen, und wird den Parteien wie bisher gestattet, alle Processe in eigener Person zu führen, so würden die erheblichsten Gründe für die im §. 113 des Hannoverschen Entwurfs gemachte Ausnahme fortfallen,

und würde wie bisher in allen Fällen das Gericht den Vollmachtspunkt zu prüfen haben.

Die Eventualmaxime.

Nach dem Französischen Rechte soll mit dem Abschluß der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichte der Proceß für das Gericht beendigt sein, wenn auch durch die vorläufige Entscheidung irgend eines Punktes das unter den Parteien streitige Recht noch lange nicht festgestellt ist.

Geib bemerkt in dieser Beziehung in seiner Schrift: die Reform des Deutschen Rechtslebens S. 76: „Von der Regel: daß mit dem Audienztermine der ganze Proceß seine Erledigung finden soll, macht die fast berüchtigte Lehre von den Incidentpunkten eine so gewaltige Ausnahme, daß in der praktischen Anwendung für die Regel selbst kaum ein Raum bleibt. Unsere ganze Deutsche Eventualmaxime nämlich, wonach selbst die verschiedensten Rechts- und Beweismittel, die verschiedensten Arten von Einreden, sowohl die dilatorischen als peremtorischen wenigstens bedingungsweise mit einander zu verbinden und in denselben Schriften zu verhandeln sind, ist dem Französischen Processe unbekannt. Was nur irgend einer getrennten Behandlung fähig ist, als insbesondere die mancherlei Einreden (exceptions déclinatoires, dilatoires, péremptoires de forme, péremptoires du fond) die Intervention, das Possessorium und Petitorium müssen hiernach selbstständig durchgeführt und, bevor es zur Erledigung der Hauptsache kommen kann, entschieden werden — ein Grundsatz, wodurch denn freilich das ganze Verfahren wieder in eine Menge von Vor- und Zwischenverhandlungen zerfällt, und wodurch natürlich wenigstens die Schnelligkeit der Rechtspflege bedeutend gehemmt wird. Allein dessen ungeachtet ist dieser Grundsatz eine geradezu nothwendige Folge des ganzen sonstigen Charakters des Französischen Processes.

„Geht man einmal davon aus, daß das mündliche Audienzverfahren nicht blos die Hauptsache sein, sondern daß es eigentlich aller, wenigstens aller sicheren Unterlage von Schriftlichkeit entbehren soll, so ist man, wenn nicht durch Zusammenfassen des Verschiedenartigsten Verwirrung entstehen, wenn nicht das Gericht, das zu gleicher Zeit auf eine ganze Masse oft so wenig verbundener oder gar völlig sich widersprechender Punkte seine Aufmerksamkeit richten müßte, in Gefahr kommen soll, das Eine über das Andere

zu vergessen, das Eine oder das Andere zu überhören oder zu verwechseln, schlechthin gezwungen, den ganzen Streit in seine einzelnen Bestandtheile zu zerlegen, und einen jeden derselben gleichsam als etwas Selbstständiges zu behandeln. Die Eventualmaxime, die wir in Deutschland bisher als das Hauptmittel betrachtet haben, um unsern sonst so schleppenden Proceßgang noch mindestens einigermaßen zu beschleunigen, steht mit dem Charakter eines rein mündlichen Verfahrens in solchem Widerspruche, daß beide als unverträglich gelten müssen. Nehmen wir dagegen an, daß unser künftiges Proceßrecht vor Allem von der sichern Basis eines schriftlichen Vorverfahrens auszugehen hat, und daß unsere Richter also, bevor es auch nur zu den mündlichen Hauptverhandlungen kommen kann, in den Stand gesetzt werden, sich so vollständig zu orientiren, daß sie durch kein Vorbringen weiter überrascht oder verwirrt werden können, so ist gewiß kein Grund einzusehen, warum mit einem solchen Systeme nicht auch unsere bisherige Eventualmaxime sich sollte vereinigen lassen: im Gegentheil werden wir gerade durch diese Vereinigung erst alle Vortheile der Schriftlichkeit uns erhalten, ohne jedoch einen wirklichen Vorzug der Mündlichkeit dagegen aufgeben zu müssen."

Die Preußischen Motive folgen auch hier ganz der Französischen Rechtsübung. So sagen sie S. 3: „Wählt man das Princip der Mündlichkeit und läßt zur Sicherung desselben die Gerichtsacten fallen, so ist es nothwendig, auch die Eventualmaxime im Sinne des Deutschen Rechts aufzugeben. Da es an den schriftlichen Unterlagen fehlt, welche die Prüfung möglich machten, ob ein Vorbringen der Partei ein neues sei, so findet die Eventualmaxime im Sinne des Deutschen Rechts keinen Platz."

Dagegen bemerkt Leonhardt in seinem zweiten Beitrage zur Reform des Civilprocesses in Deutschland S. 37: „Wenn diese folgenschwere Behauptung eine richtige wäre, so würde es für Deutschland eine Frage von der allergrößten Bedeutung sein, ob man nicht auf eine neue Rechtsbildung zu verzichten habe, mit welcher das Eventualprincip als unvereinbar sich erweist."

Leonhardt weist demnächst in seiner Schrift die Nothwendigkeit der Beibehaltung einer, wenn auch modificirten Eventualmaxime so eingehend nach, daß es hier eines näheren Eingehens auf diese Frage nicht bedarf, vielmehr wollen wir zur Besprechung der

Incidentpunkte

übergehen, welche im Französischen Processe eine so große Rolle spielen, daß wir sie natürlich auch im Preußischen Entwurfe wiederfinden. Es bestimmt nämlich §. 336:

„Erhebt sich in Bezug auf das Verfahren ein Streit, von dessen Erledigung das weitere Verfahren abhängig ist (processualischer Zwischenstreit), so ist jeder Anwalt befugt, den Gegenanwalt in eine Sitzung des Gerichts zu laden, damit nur über diesen Streit verhandelt und durch Zwischenurtheil entschieden werde."

Die Motive bemerken hierzu S. 73: „Im Actenprocesse beseitigt der Richter die Umstände, die sich im Laufe des Verfahrens ergeben und dessen Fortgang hindern, entweder von Amtswegen, oder auf schriftliche Eingaben einer Partei. In einem mündlichen Verfahren ist wegen der fehlenden Gerichtsacten die Beseitigung des Hindernisses nur in der Weise möglich, daß der Anstand in einer mündlichen Verhandlung zu seiner Entscheidung gebracht wird.

Man sieht auch hier, welche Unzuträglichkeiten dies Princip der reinen Mündlichkeit herbeiführt. Man fragt sich immer wieder, warum soll der Richter durchaus vergessen, was in dem Processe bereits vor ihm verhandelt ist, warum darf er nicht wenigstens die nach den Vorschriften des Entwurfs dem Gericht übergebenen Parteianträge und die Sitzungsprotokolle einsehen.

Es hätte der Preußische Entwurf an dem längst im Preußischen Proceß geltenden Grundsatze festhalten sollen, daß die Incidentpunkte ohne Weiteres durch Verfügung regulirt, und demnächst im Erkenntniß mit entschieden werden sollen.

So bestimmt z. B. §. 483 des Entwurfs für den Fall, daß ein Zeuge sein Zeugniß abzulegen sich weigert:

„Wird der Befreiungsgrund bestritten, so entscheidet das Proceßgericht über die Rechtmäßigkeit der Weigerung in einem Zwischenverfahren, in welchem die auf Ablegung des Zeugnißes bestehende Partei als Kläger, der Zeuge als Beklagter gilt, und die andere Partei als Nebenintervenient auftreten kann."

§. 484 bis 487 des Entwurfs regeln demnächst das eintretende Zwischenverfahren, bis nach dessen Erledigung durch rechtskräftige

Entscheidung der Proceß ruht. In der That wird aber auf diese Weise der Fortgang des Processes ohne Grund aufgehalten.

Es ist weit einfacher, wenn das Gericht bei Gelegenheit der Verhandlung in der Sache selbst gleich darüber Beschluß faßt, ob die Weigerung des Zeugen begründet ist oder nicht.

Glaubt eine Partei, daß der Beschluß nicht richtig ist, so kann dieser Beschluß doch nicht zum Gegenstand eines besondern Zwischenverfahrens gemacht werden, weil dieser Beschluß nur die Entscheidung durch das Erkenntniß vorbereitet. Die Partei kann in der That nicht wissen, ob der Richter nicht ungeachtet jenes der Partei ungünstigen Beschlusses doch zu Gunsten dieser Partei in der Sache selbst erkennen wird.

Sollte aber der Zeuge, dessen Weigerung das Gericht nicht für begründet erachtet, sich in seinem Rechte gekränkt glauben, so ist nicht abzusehen, warum er dies sein Recht nicht wie bisher im Wege der Beschwerde zur Geltung bringen soll.

Der Sühneversuch.

Wir finden hier wieder, wie ganz andere Ansprüche an den Deutschen Richter gemacht werden, und wie wenig das Maaß der Pflichten des Französischen Richters dem Deutschen Volksbewußtsein zusagt.

In Uebereinstimmung mit dem älteren Deutschen Rechte schrieb der jüngste Reichsabschied von 1654 §. 110 vor: „Der Richter erster Instanz solle in zweifelhaften Sachen nicht allein, vor angefangenem Rechtsstand und Litiscontestation, sondern auch in jeder Lage des Processes, durch alle dienliche Mittel und Wege, auch schiedliche Erinnerungen, die Parteien in Güte von einander zu setzen, und hierdurch alle weitläufige, kostspielige Rechtfertigung zu verhüten sich befleißigen; jedoch ehe er die Güte den Parteien vorschlägt, vorher sich in den Sachen wohl informiren, und sein Absehen dahin sorgfältig stellen, daß die eine öffentlich ungerechte Sache führende Partei zu demselben nicht gelassen, noch der rechthabende Theil damit nicht beschwert, noch auch die Justiz wider des andern Theils Willen verzögert werde."

Auch die Preußische allgemeine Gerichtsordnung von 1794 enthält in dem 11. Titel des 1. Theils ausführliche Vorschriften,

welche dem Richter eindringlichst einschärfen, daß er sein Hauptaugenmerk auf Herbeiführung eines Vergleichs zu richten habe.

Außerdem ist aber auch in neuerer Zeit im Bezirk des Preußischen Rechts das Institut der Schiedsmänner eingeführt, es sind dies Privatleute, welche die Sühne auf Antrag eines Theils zu versuchen haben. Aus den von ihnen aufgenommenen Vergleichen ist die Execution zulässig.

Wir sehen also, wie sehr man in Deutschland, namentlich aber auch in Preußen, von der in Frankreich herrschenden Auffassung entfernt war, der Richter habe sich um den Betrieb und Fortgang der Processe nicht zu kümmern, er habe nur auf das Antwort zu geben, was er gerade gefragt werde.

So finden wir denn auch in dem Sächsischen Entwurfe, der sich überall die Deutsche Rechtsanschauung zur Geltung bringt, im §. 187 und 195 eingehende Vorschriften über das Vergleichsamt des Richters.

Mit der Passivität des Französischen Richters ist dagegen eine solche Pflicht des Richters: selbst für eine gütliche Beseitigung des Streits zu sorgen, nicht vereinbar. Deshalb schweigen die Französischen Gesetze auch bis zur Revolution von einer solchen Pflicht. Erst ein Gesetz vom Jahr 1790 verpflichtet den Friedensrichter, die Sühne in allen Fällen zu versuchen. Keine Klage soll angenommen werden, wenn der Kläger nicht nachweist, daß der Vergleich ohne Erfolg versucht ist.

Wie wenig dies Gesetz aus der Revolutionszeit der Anschauung der Französischen Rechtsverständigen entsprach, das ergiebt sich daraus, daß der Code de procédure von 1806 von der Nothwendigkeit des Sühneversuchs so viele Ausnahmen machte, daß die Sachen, in welchen kein Sühneversuch nöthig ist, sich zu denen, in welchen der Sühneversuch stattfinden muß, ungefähr wie 6 zu 1 verhalten.

Schlink führt S. 374 Bd. II. seines Commentars über die Französische Civil-Proceßordnung aus, daß diese das Ihrige gethan zu haben glaubt, wenn sie die Parteien im Anfange des Processes einem Versuche der Sühne unterwarf. Sie habe aber ihren Zweck gänzlich verfehlt. Es sollten neue Bestimmungen getroffen werden, vermöge welcher in einem oder dem andern Stadium des Processes die Parteien sich vor einem Abgeordneten des Collegiums einfinden müssen, um die Sühne zu versuchen; wenigstens müßte das Gericht die Gewalt haben, dies zu verordnen.

Man sieht, es tritt hier doch ein wenig das Deutsche Rechtsgefühl an den Tag, welches mit der passiven Rolle des Französischen Richters sich nicht genügen lassen will. Nach der Deutschen Rechtsanschauung sind die Richter als die wahren Priester der Gerechtigkeit während der ganzen Dauer des Processes verpflichtet, vor allen Dingen den Frieden dadurch wieder herzustellen, daß in den Streitenden das Bewußtsein des Rechts lebendig würde, damit sie, dem Gebote der Gerechtigkeit folgend, sich in Güte einigen und versöhnt nach Hause gehen.

So schärft auch §. 6 Th. 1 Tit. 11 der Preußischen allgemeinen Gerichtsordnung den Richtern ein, daß sie ihren Vergleichsvorschlägen hauptsächlich durch eine treue, sorgfältige und geschickte Auseinandersetzung der Sache, wodurch die Parteien selbst ihre wahre Lage zu übersehen, und den wahrscheinlichen Ausgang zu beurtheilen in Stand gesetzt werden, Eingang zu verschaffen bemüht sein sollen.

Was sagen nun unsere drei Entwürfe über das Vergleichsamt der Richter?

Der Preußische Entwurf schweigt von demselben ganz. Auch ist weder von den Schiedsmännern, die alljährlich so viel Vergleiche herbeiführen, die Rede, noch ist den von ihnen abgeschlossenen Vergleichen die Vollstreckbarkeit beigelegt. Auch den Einzelnrichtern ist im §. 581 nur die Pflicht auferlegt: wenn zwischen den Parteien ein Vergleich zu Stande kommt, dessen Bekundung durch das Sitzungsprotokoll anzuordnen. Daß aber der Einzelrichter sich selbst bemühen soll, einen Vergleich herbeizuführen, das ist nirgend gesagt.

So hat der Preußische Entwurf auch hier mit der Deutschen Rechtsanschauung gebrochen, nach welcher der Richter auch zugleich Friedensstifter sein soll.

Dies thut der Baierische Entwurf nicht, vielmehr sollen nach Art. 200 und 201 die Gerichte in allen zum Vergleiche geeigneten Sachen auf gütliche Vereinbarung der Parteien hinwirken. Aehnlich lauten §. 221—225 des Hannoverschen Entwurfs.

Die Wiederklage.

Vorweg ist zu bemerken, daß der Preußische, Baierische und Hannoversche Entwurf „Widerklage" schreiben. Richtiger ist aber die in der Ueberschrift gewählte, mit der Preußischen allgemeinen

Gerichtsordnung übereinstimmende Schreibart, weil die Wiederklage eine Erwiederung auf eine bereits angestellte Klage ist, wie auch das lateinische „re" vor reconventio andeutet. Daß die Klage wider Jemand, den Verkläger, angestellt wird, das liegt in der Natur einer jeden Klage, deshalb ist eigentlich jede Klage eine Widerklage. So wenig man im Lateinischen sagt: contraconventio, so wenig dürfen wir schreiben Widerklage. Von reconventio ist die allein richtige Uebersetzung: Wiederklage.

Während weder in der ordonnance civile von 1667 noch im Code de procédure die Wiederklage mit einer Silbe erwähnt wird, handelt die Preußische allgemeine Gerichtsordnung von derselben im 19. Titel des ersten Theils in zwanzig Paragraphen. Sie unterscheidet mit dem gemeinen Deutschen Rechte diejenige Wiederklage, welche in demselben Processe mit der Hauptklage verhandelt wird, von derjenigen Wiederklage, welche zwar auch im Gerichtsstand der Hauptklage, aber ganz für sich und abgesondert von der Hauptklage verhandelt wird. Nur in so fern unterscheidet sich der Preußische von dem gemeinen Deutschen Processe, als in diesem die abgesonderte Wiederklage als die uneigentliche, die andere aber als die eigentliche Wiederklage bezeichnet wird, während die Preußische allgemeine Gerichtsordnung umgekehrt im §. 9 I 19 die abgesonderte Wiederklage als die eigentliche, und die andere als die uneigentliche Wiederklage ansieht.

1) Was nun zuvörderst die Frage angeht, ob die Wiederklage in einem abgesonderten Proceß oder besonders zu verhandeln ist, so sagt §. 234 des Preußischen Entwurfs: daß die Wiederklage als Einrede behandelt werden soll, vorbehaltlich der Befugniß des Gerichts die Trennung des Verfahrens über die Wiederklage in Gemäßheit des §. 268 anzuordnen.

§. 268 sagt aber: Sind mehrere Ansprüche in einer Klage erhoben, so kann das Gericht die Verbindung aufheben, und die Verhandlung der verschiedenen Ansprüche in getrennten Processen bestimmen.

Wir finden hier also wieder das Französische discretionäre Ermessen des Richters. Dies kann aber leicht zu einer wesentlichen Benachtheiligung des Wiederklägers führen.

Glaubt der Verklagte aus demselben Rechtsgeschäfte, welches der Klage zum Grunde liegt, Gegenansprüche zu haben, welche den

eingeklagten Betrag nicht übersteigen, so kann er dieselben als Einreden in demselben Processe geltend machen.

Uebersteigen aber die Gegenansprüche, welche der Verklagte aus dem der Klage zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte gegen den Kläger erhebt, den eingeklagten Betrag, so daß der Verklagte noch etwas heraus bekommt, so kann er diesen Ueberschuß nur im Wege der Wiederklage erlangen. Dennoch würde nach dem Preußischen Entwurf auch in diesem Falle das Gericht nach seinem bloßen Ermessen den Verklagten mit dieser seiner Gegenforderung zu einem besonderen Processe verweisen können. Dies würde dahin führen, daß der Verklagte in Folge der früher spruchreifen Klage verurtheilt würde, Zahlungen an den Kläger zu leisten, während der Verklagte dem Kläger eigentlich aus dem Geschäfte nichts schuldet, vielmehr, wie durch das später auf die Wiederklage erlassene Erkenntniß ausgesprochen wird, der Kläger derjenige ist, der aus dem fraglichen Geschäfte noch etwas an den Verklagten heraus zu zahlen hat.

Da nun nach §. 30 des Preußischen Entwurfs wie im Französischen Processe nach der dort geltenden Praxis der Gerichtsstand der Wiederklage nur anerkannt wird, wenn der Gegenstand der Wiederklage mit dem Gegenstande der Vorklage im rechtlichen Zusammenhange steht, so erscheint es nicht zulässig, auch in diesem Falle ein discretionäres Ermessen des Richters eintreten und es von seiner Willkür abhängig zu machen, ob Klage und Wiederklage in einem und demselben Processe oder getrennt zur Verhandlung kommen sollen.

Die Preußische allgemeine Gerichtsordnung erweitert aber die Befugniß des Wiederklägers zu dem Zweck, um die unnütze Vervielfältigung der Processe zu vermeiden, in den folgenden beiden Fällen:

a) Ist dem Kläger die eingeklagte Forderung von einem Andern abgetreten, und der Verklagte will gegen dieselbe wiederklagend Ansprüche erheben, welche die abgetretene Forderung übersteigen, so kann der Wiederkläger den ursprünglichen Gläubiger zum Processe zuziehen, damit er gegen ihn in diesem Processe zugleich den Ueberschuß mit einklagen kann.

Es ist nicht abzusehen, warum der Entwurf diese zweckmäßige Bestimmung des Preußischen Rechts nicht mit aufgenommen hat.

Der Entwurf läßt zwar in §. 749 ff. auch eine Beiladung

eines nicht als Kläger Aufgetretenen zu, doch kann sie der Verklagte nur verlangen, wenn eine von mehreren Personen, welche gemeinschaftlich zu klagen befugt sind, allein als Kläger aufgetreten ist. Das paßt jedoch nicht auf den vorliegenden Fall, denn der ursprüngliche Gläubiger kann nach Abtretung der Forderung auf Grund derselben nicht mehr als Kläger auftreten.

b) Aber auch die Bestimmung des §. 10 I 19 der Preußischen allgemeinen Gerichtsordnung hat sich bewährt, wonach, wenn Parteien, welche als Kaufleute in laufender Rechnung oder sonst mit einander in fortgesetztem Verkehre gestanden haben, Forderungen und Gegenforderungen, wenn sie auch aus verschiedenen Geschäften entspringen, dennoch in einem und demselben Processe verhandelt werden können, sobald nicht einzelne Posten, sondern ein Rechnungssaldo eingeklagt wird. Es würde sich sogar empfohlen haben, die Worte „als Kaufleute" wegzulassen. Dafür spricht sich auch das Bd. 6 S. 549 in Grüchot's Beiträgen abgedruckte Erkenntniß des Obertribunals aus, indem es ausführt: Diese Worte „als Kaufleute" seien im §. 10 nur beispielsweise gebraucht. Das Bedürfniß einer solchen vom Gesetzgeber begünstigten Finalregulirung der sich gegenüberstehenden Rechtsverhältnisse der Parteien möge zwar im Verkehr unter Kaufleuten besonders stark hervortreten, es sei aber nicht zu leugnen, daß sich dasselbe auch in anderen Verhältnissen des Lebens geltend mache.

2) Was nun aber die Wiederklagen angeht, welche mit der Vorklage nicht dasselbe Geschäft gemein haben, so will der Entwurf den zur Zeit nach dem gemeinen Deutschen und dem Preußischen Processe bestehenden Gerichtsstand der vor demselben Gericht, aber in besonderem Processe zu verhandelnden Wiederklage ganz aufheben.

Als Grund dafür geben die Preußischen Motive an: Die große Ausdehnung, welche die allgemeine Gerichtsordnung dem Gerichtsstande der Wiederklage gebe, erkläre sich aus den früheren Justizeinrichtungen, zum Theil auch aus den mangelhaften Verkehrsmitteln. Man ersieht nur freilich nicht, welche Justizeinrichtungen die Motive eigentlich im Auge haben. Leider bestehen aber sogar in Deutschland zum Theil noch so mangelhafte Justizeinrichtungen, daß es für den Verkläger von großem Werth sein kann, wenn ihm das Preußische Gesetz nicht die bisherige Befugniß nimmt, die ihm zustehenden Gegenansprüche in seinem eigenen Gerichtsstande geltend zu machen.

Dieser Gerichtsstand rechtfertigt sich dadurch, daß der Verklagte, obgleich er vielleicht mehr an den Kläger, als dieser an ihn zu fordern hat, es bisher vermied, den Weg des Processes zu betreten, indem er auf gütlichem Wege zu seiner Befriedigung zu kommen hoffte. Wenn nun aber der Kläger beim Richter des Verklagten die Entscheidung beantragt, so kann man es wohl dem Verklagten gestatten, auch sein Recht gegen den Kläger, auf dem von diesem selbst eingeschlagenen Wege geltend zu machen.

Wenn man die Vorzüge des Preußischen Processes kennt, so erscheint es billig, in einem solchen Falle auch den Verklagten dieselben genießen zu lassen, und ihn nicht dazu zwingen, daß er seine Ansprüche in dem vielleicht fernen Wohnsitze des Klägers geltend mache, wo die Processe vielleicht sehr langsam gehen, oder noch theurer als in Preußen, oder nach Französischer Art in den Händen der Advocaten sind.

Daß die Verkehrsmittel, auf welche die Motive Gewicht legen, bei diesen Erwägungen nicht in Frage kommen, bedarf keiner besondern Ausführung.

Endlich schließen die Motive auch hier mit der Bemerkung, daß die Vorschrift des §. 30 des Entwurfs, dem Processe, *wie er sich nach dem Entwurf gestalte*, am meisten entspreche. Indeß muß der Entwurf sich überall nach dem Bedürfnissen des Verkehrs richten, nicht aber soll der Gesetzgeber von dem Verkehr verlangen, daß er sich nach der Proceßordnung richte. Es ist eben ein großer Vorzug des Preußischen und Deutschen Processes, daß er den Parteien in ihrem Verkehr möglichst förderlich ist.

Der Hannoversche Entwurf schließt sich in so fern der Französischen Praxis und dem Preußischen Entwurf an, daß er im §. 22 die Anstellung einer Wiederklage bei dem Gerichte der Klage nur zuläßt, wenn der Gegenanspruch mit dem Klageanspruch im rechtlichen Zusammenhang steht. Wie S. 507 ff. der Protokolle ergiebt, war beantragt den Paragraph so zu fassen, daß der Gerichtsstand der Wiederklage auch, wenn eine mit dem Klageanspruch nicht connexe Gegenforderung der Klage einredeweise entgegengesetzt wurde, bezüglich dieser Gegenforderung als begründet erscheine. Der Antrag wurde jedoch mit 7 gegen 4 Stimmen verworfen, indem man sich auf die Beschlüsse der Nürnberger Conferenz bezog, und es nicht für zulässig erachtete, die Bestimmung in den Entwurf aufzunehmen, welcher als ein gemeinsames Gesetz für ganz Deutschland

gelten solle, während es freilich für die Proceßordnung eines einzelnen Staats sich nicht unbedingt empfehle, das Erforderniß der Connexität überhaupt aufzustellen.

Zweckmäßig erscheint es dagegen, wenn der §. 22 des Hannoverschen Entwurfs in Uebereinstimmung mit §. 1 Th. 1 Tit. der Preußischen allgemeinen Gerichtsordnung verlangt, daß die Wiederklage gleich bei Beantwortung der Klage angebracht werde. §. 30 des Preußischen Entwurfs läßt mit der Französischen Praxis die Wiederklage zu, wenn sie nur im Laufe des ersten Rechtszuges erhoben ist, was eine erhebliche Verzögerung des Processes herbeiführen kann.

Der Baierische Entwurf hält dagegen an der Deutschen Regel fest, indem nach Art. 16 jeder Verklagte befugt ist, die Ansprüche, die er gegen den Kläger oder gegen einen von mehreren als Streitgenossen auftretenden Kläger hat, bei dem Gerichte als Wiederkläger zu verfolgen, bei welchem die Klage in erster Instanz anhängig ist. Zwischen Ausländern soll aber nach Art. 7 Abs. 4 die Wiederklage nur wegen solcher Ansprüche stattfinden, die mit denen der Hauptklage in nothwendigem innern Zusammenhange stehen.

Die Beweisaufnahme.

Nach der Französischen Proceßtheorie überläßt es der Richter den Parteien, ob und wann sie das Beweisinterlocut vollziehen wollen, und während ihrer (d. h. der Anwalte) Unthätigkeit ist, wie Schlink in seinem Commentar Bd. 2 S. 407 sagt, für den Richter der Proceß gar nicht mehr in der Welt. Die Frist zur Antretung des Zeugenbeweises beginnt daher nur mit der Zustellung des Urtheils auf Anstehen eines Anwalts an den gegnerischen Anwalt. So weit geht indeß doch der Preußische Entwurf nicht. Es wird zwar im §. 397 der Grundsatz ausgesprochen:

> Der Beweisführer ist verpflichtet, in Bezug auf seine Beweismittel die Erledigung des Beweisurtheils zu betreiben, in so weit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt,

doch soll nach §. 398 ff. das Gericht in dem Beweisurtheil entweder eine neue Sitzung zur Erledigung des Beweisurtheils oder den Richter bezeichnen, durch welchen die Erledigung zu bewirken ist. Im letztern Falle hat der beauftragte Richter, wenn in dem Beweisurtheil der Termin nicht bezeichnet ist, den Termin binnen 8 Tagen nach der Verkündung mittelst einer Randvermerkung zu

dem Beweisurtheil nachträglich zu bezeichnen. Das solchergestalt ergänzte Beweisurtheil ist auf der Gerichtsschreiberei des Proceßgerichts zur Einsicht für die Parteien niederzulegen. Der nachträglich bezeichnete Termin gilt als gehörig verkündet, wenn 3 Tage seit der Niederlegung des Urtheils auf der Gerichtsschreiberei verstrichen sind.

Die Ladung der dritten Personen, welche als Zeugen oder Sachverständige zu vernehmen sind, oder sich über ein Editionsgesuch zu erklären haben, liegt nach §. 406 der betreibungspflichtigen Partei ob.

Man sieht, welche Umwege und Weitläufigkeiten nach dem Entwurfe auch hier nöthig sind, weil dem Gerichte wie in Frankreich die Mittel fehlen, um die Parteien und die sonst zu Vernehmenden unmittelbar zu laden.

Der §. 384 des Baierischen und §. 322 des Hannoverschen Entwurfs verpflichten gleichfalls die **Parteien**, die Ladung der Zeugen zu besorgen. Nur wenn die Vernehmung nicht vor dem Proceßgerichte oder einem Mitgliede desselben stattfindet, soll die beauftragte oder ersuchte Behörde nach §. 322 des Hannoverschen Entwurfs von Amtswegen vorladen.

Der Preußische Entwurf verlangt außerdem im §. 411—414 auch wenn die Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen im Auslande erfolgen soll, oder wenn von einer im Auslande sich aufhaltenden Partei ein Eid zu leisten ist, daß die beweispflichtige Partei selbst die Beweisaufnahme im Auslande betreibe, und wird ihr zu dem Zwecke vom Gericht eine Frist bestimmt, welche vom Gericht aus erheblichen Gründen verlängert werden kann.

Aehnliches bestimmt §. 299 des Hannoverschen Entwurfs, wenn die Beweisaufnahmen in außerdeutschen Staaten erfolgen soll.

Das Deutsche und Preußische Proceßgericht besorgen dagegen die Ladungen unmittelbar. Es betreibt die Erledigung der bei anderen Gerichten vorzunehmenden Beweishandlungen. Somit können Versäumnisse der Parteien hierbei gar nicht vorkommen, es sind deshalb auch Bestimmungen über solche Versäumnisse ganz überflüssig.

Nach §. 415 des Preußischen Entwurfs geht dagegen die betreibungspflichtige Partei des Beweismittels verlustig, wenn sie sich hinsichtlich der Betreibung einer Säumniß schuldig macht, doch ist das Gericht nach §. 416 befugt, aus erheblichen Gründen die nachträgliche Zulassung eines versäumten Beweismittels anzuordnen.

So soll auch hier das bedenkliche freie Ermessen des Gerichts eintreten, um Uebelstände zu beseitigen, welche lediglich in dem künstlichen Französischen Verfahren ihren Grund haben.

Zulässigkeit des Zeugenbeweises.

Der Preußische Entwurf enthält wie der Code de procédure und die Preußische allgemeine Gerichtsordnung keine Bestimmungen über die Unzulässigkeit des Beweises durch Zeugen.

Dagegen bestimmt der Baierische Entwurf:

Art. 370.

Rechtsgeschäfte, welche die Entstehung oder Tilgung einer Verbindlichkeit im Betrage von mehr als 150 Fl. begründen, können nicht durch Zeugen, sondern nur durch Urkunden, Eid oder gerichtliches Geständniß erwiesen werden....

Art. 373.

Der Zeugenbeweis ist nicht zulässig gegen den Inhalt einer Urkunde oder über Verabredungen, welche bei der Errichtung der Urkunde oder vor- oder nachher stattgefunden haben solle, selbst wenn der Gegenstand den Betrag von 150 Fl. nicht erreicht.

Eben so ist der Zeugenbeweis ohne Rücksicht auf den Werth des Gegenstandes ausgeschlossen bei allen Rechtsgeschäften, welche das Eigenthum an unbeweglichen Sachen oder denselben gleichgeachteten Rechten zum Gegenstande haben.

Art. 374.

Die Bestimmungen der Art. 370 — 374 finden keine Anwendung auf solche Fälle, in welchen es dem Beweisführer unmöglich war, sich über die zu beweisende Thatsache oder die eingegangene Verbindlichkeit einen schriftlichen Beweis zu verschaffen.

Diese Ausnahme ist insbesondere anwendbar:

1) auf Verbindlichkeiten, welche aus strafbaren oder schuldhaften Handlungen der Gegenpartei oder eines Dritten oder in anderer Weise ohne ein zwischen den Betheiligten abgeschlossenes Rechtsgeschäft (aus Quasidelicten oder Quasicontracten) entspringen;
2) auf Sachen, welche in Nothfällen oder auf der Reise Fuhrleuten, Schiffern, Wirthen u. s. w. in Verwahrung gegeben sind;

3) auf Verbindlichkeiten, welche unter außergewöhnlichen, die schriftliche Beurkundung ausschließenden Umständen eingegangen wurden;
4) auf die Anfechtung der Rechtsgeschäfte wegen Zwang, Betrug, Arglist, Irrthum, Simulation oder Fälschung.

§. 375.

Die Bestimmungen der Art. 370 — 373 finden ferner keine Anwendung:

1) auf den Nachweis der Entstehung oder Tilgung von Verbindlichkeiten aus dem Handel auf Messen und Märkten, aus Arzneilieferungen von Apothekern und Arbeitslieferung von Handwerkern, in so fern sie nicht auf vorausgehenden Accorden beruhen, aus Dienstleistungen der Aerzte und Wundärzte, aus der Miethe der Dienstboten, Fuhrleute und Schiffer;
2) in Handelssachen überhaupt, vorbehaltlich der Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs;
3) wenn über die zu erweisende Thatsache oder Verabredung eine gemäß Art. 328 als Beweisbehelf dienliche, oder eine solche Urkunde vorliegt, welche wegen Mangels in der Form oder wegen sonstiger äußerlicher Unvollständigkeit die behauptete Thatsache oder Verabredung zwar nicht vollkommen beweist, wohl aber in Verbindung mit anderen Umständen nach richterlicher Ueberzeugung wahrscheinlich macht.

Wir finden hier im Wesentlichen die Bestimmungen der Art. 1341 bis 1348 des Französischen Civilproceßbuchs wieder, wenn auch in einigen Punkten verbessert, in so fern z. B. nach §. 374 Nr. 4 der Einwand des Zwangs, Betrugs, der Arglist, des Irrthums, der Simulation oder der Fälschung durch Vernehmung von Zeugen im Proceßverfahren erwiesen werden kann, was der Code nicht gestattet.

Zur Rechtfertigung dieser Bestimmungen sagen die Motive des Baierischen Entwurfs S. 585:

„In Frankreich, wo diese Einrichtung schon seit 1566 besteht, hat dieselbe die Probe der Erfahrung vollständig bestanden und die besten Früchte getragen. In gleicher Weise hat sie sich in den Deutschen Landen des linken Rheinufers bewährt, nicht minder in allen anderen Ländern, welche dieselbe mit dem Französischen Proceßverfahren beibehalten

oder aufgenommen haben, wohin namentlich Belgien, die Niederlande, Genf, dann Sardinien, Neapel, Toskana, Griechenland gehören."

„Der Grund der Beschränkung ist einleuchtend. Er liegt zunächst in der Unsicherheit des Zeugenbeweises, herbeigeführt durch die Schwäche des menschlichen Gedächtnisses, die Unzuverlässigkeit der Erinnerung, zumal in fremden Angelegenheiten, dadurch, daß so leicht willkürliche Vorstellungen mit wirklichen Erfahrungen vermengt und letzteren Empfindungen beigemischt werden, durch den schädlichen Einfluß endlich, welchen Eigennutz und Arglist unter solchen Verhältnissen unselbstständigen und leichtfertigen Menschen gegenüber zu äußern vermögen, und der bei sinkender Religiosität und Moralität immer bedrohlicher wird...."

„Eine weitere Rücksicht bietet sich neben der Trüglichkeit der Zeugenaussagen in den unabweisbaren Verzögerungen dar, wozu die Zeugenvernehmung oft Anlaß giebt, und welche im mündlichen Verfahren noch nachtheiliger einwirken als im schriftlichen. Der Staat kann daher auch mit allem Rechte verlangen, daß Jeder Bedacht nehme, seine Rechtsverhältnisse derart sicher zu stellen, daß ihm die Rechtshülfe rasch, ohne allzu große Schwierigkeit und bedenkliche Umwege zu Theil werden könne, was ohnedies das eigene Interesse gebieterisch verlangt."

Auch bei der Berathung in Hannover ist diese Frage auf das Eingehendste erörtert, nachdem der Hannoversche Abgeordnete die Aufnahme der Bestimmungen des Baierischen Entwurfs beantragt und unter Anderem bemerkt hatte: Er verkenne nicht, daß der Antrag Deutschen Rechtsanschauungen und Deutscher Rechtssitte wenig entspreche... Die Vereinfachung der Procedur sei seines Erachtens der entscheidende Grund für die Aufnahme der beantragten Bestimmungen...

Die Vereinfachung des processualischen Verfahrens, welche auf diese Weise erreicht werde, könne in einem wirklich mündlichen Verfahren nicht hoch genug angeschlagen werden, denn dieses könne seine Aufgabe nur dann vollständig erfüllen, wenn die Verhandlung einfach und der Proceßstoff ein beschränkter sei, da man von dem gewöhnlichen Maaße der Befähigung und Auffassungsgabe bei Richtern und Anwalten ausgehen müsse.

Man kam jedoch nach einer Berathung, deren Inhalt die S. 2251—2300 der Protokolle wiedergeben, nur dazu, im §. 343 des Entwurfs der Landesgesetzgebung die Ausschließung des Zeugenbeweises zu überlassen:

1) bei Rechtsgeschäften, deren Gegenstand einen bestimmten Betrag übersteigt;
2) ohne Rücksicht auf den Betrag des Gegenstandes zur Widerlegung des Inhaltes einer über ein Rechtsgeschäft aufgenommenen Urkunde oder zum Nachweise von Verabredungen, welche außer dem Inhalte der Urkunde mündlich getroffen sein sollen.

Schon bei dieser Berathung wurde aber von einigen Abgeordneten bestritten, daß diese Beschränkungen des Zeugenbeweises in die Proceßordnung gehören. Sie sei vielmehr civilrechtlicher Natur und gehöre in das bürgerliche Gesetzbuch.

Gerade diese Frage ist in zwei von den drei Gutachten gründlich erörtert, welche in Veranlassung der vom Juristentage zur Beantwortung gestellten Gesetzgebungsfrage:

> „Erscheint es für das Deutsche bürgerliche Verfahren geboten oder auch nur zweckmäßig, daß die Zulässigkeit des Zeugenbeweises auf Rechtsgeschäfte von verhältnißmäßig nur geringem Betrage beschränkt — und daß derselbe von dem Inhalte einer Urkunde oder zur Ergänzung des Inhalts oder zur Herstellung von Reden, die vor, während oder nach Abfassung einer Urkunde vorgefallen sein sollen, ausgeschlossen werde?

erstattet worden.

In dem Gutachten des Oberhofgerichts-Kanzler Haaß*) wird ausgeführt: Nach dem Französischen Rechte und dem Baierischen Entwurfe solle der Zeugenbeweis im bürgerlichen Rechte nicht allgemein ausgeschlossen, sondern nur beschränkt werden. Die Beschränkung sei nicht eine rein formelle für alle bürgerlichen Klagen im Allgemeinen, oder für besondere Proceßarten, z. B. den Executivproceß, vorgeschriebene Regel, sondern sie beziehe sich nur auf bestimmte Rechtsverhältnisse, auf die Verträge und ihre Zugehörden.

Die Beschränkung des Zeugenbeweises, beziehungsweise der Mangel der Schrift, berühre daher den Grund der Rechts-

*) Verhandlung des fünften Deutschen Juristentages Bd. 1 S. 6 ff.

geschäfte, nicht blos die Geltendmachung derselben, — die Beschränkung folge dem Rechte vor jedes Gericht, so daß nicht die Gesetze des letzteren — des Proceßgerichts — sondern die Gesetze des Orts und der Zeit entscheiden, wo und wann das Rechtsverhältniß entstanden ist, gerade wie dieses bei der Form der Rechtsgeschäfte überhaupt der Fall ist (locus et tempus regit actum).

Die Gesetze des Proceßgerichts müßten aber schlechthin maaßgebend sein, wenn die Normen über Beschränkung des Zeugenbeweises als Vorschriften des Verfahrens zu betrachten wären.

Dagegen ist Dr. Creiznach in seinem S. 20 Bd. 2 a. a. O. abgedruckten Gutachten der entgegengesetzten Ansicht, indem er sagt:

> „Eine civilrechtliche Vorschrift ist es, wenn das Gesetz zur Perfection eines Rechtsgeschäfts schriftliche Abfassung fordert — eine processualische, wenn es nur schriftlichen Beweis zuläßt oder den Zeugenbeweis ausschließt. Eine Vorschrift von der ersten Art ist für die Parteien, eine Vorschrift von der letzten Art ist für den Richter gegeben.
>
> „Wenn die Parteien bei den Vertragsabschlüssen Rücksicht auf die eventuelle Nothwendigkeit nehmen, dieselben vor Gericht beweisen zu müssen, und deshalb, weil Zeugen nicht genügen, eine Urkunde aufnehmen, so begehen sie einen prophylaktischen Proceßact — sie legen das Material künftiger Beweisaufnahmen zurecht."

Man könnte meinen, daß Dr. Creiznach hier zu viel Gewicht auf die Art und Weise legt, wie sich das Gesetz ausdrückt. Es könne eine in processualischer Form gegebene Vorschrift doch ihrem Wesen nach zum materiellen Rechte gehören. Nicht aber die Art des Ausdrucks, sondern die Beschaffenheit des Rechts sei entscheidend.

Betrachten wir die Vorschriften des Preußischen allgemeinen Landrechts, so bestimmt im Theil I. Tit. 5:

§. 131: Ein jeder Vertrag, dessen Gegenstand sich über 50 Thlr. beläuft, muß schriftlich errichtet werden.

§. 133: Auch andere blos einseitige Willenserklärungen müssen bei Gegenständen über 50 Thlr., sobald ihre Folgen sich auf die Zukunft hinaus erstrecken sollen, schriftlich abgefaßt werden.

§. 134: Zu Entsagungen und Verzichtleistungen, nicht aber zum Beweise der erfolgten Zahlung oder sonstigen Erfüllung einer Verbindlichkeit, sind schriftliche Urkunden erforderlich.

§. 155: Ist in Fällen, wo die Gesetze einen schriftlichen Vertrag erfordern, derselbe blos mündlich geschlossen und noch von keinem Theile erfüllt worden, so findet daraus keine Klage statt.

§. 156: Hat aber ein Contrahent von dem andern die Erfüllung bereits ganz oder zum Theil angenommen, so ist er verpflichtet, entweder den Vertrag auch von seiner Seite zu erfüllen oder das Erhaltene zurückzugeben oder zu vergüten.

Außer allem Zweifel sind diese Vorschriften nicht processualischer Natur, sondern sie gehören zum materiellen Rechte, weil sie die Rechtsgültigkeit der Verträge von der Beobachtung der schriftlichen Form abhängig machen, und für die wegen Mangels der schriftlichen Form ungültigen Rechtsgeschäfte keine Klage zulassen, wäre auch der Abschluß des Rechtsgeschäfts in irgend einer Weise darzuthun.

Deshalb bestimmt auch §. 148 I. 5 des allgemeinen Landrechts mit Recht, daß diese Vorschriften auf die außerhalb Landes geschlossenen Verträge keine Anwendung finden.

Ganz anders liegt aber die Sache, wenn das Gesetz in bestimmten Fällen nicht die Gültigkeit des Geschäfts an sich beanstandet, sondern nur den Gebrauch einzelner Beweismittel verbietet. Die Art und Weise der Beweisführung kommt erst zur Sprache, wenn es zum Processe kommt. Die Lehre von den Beweisen ist eine processualische, und die Bestimmungen über die Führung des Beweises findet der Richter nur in der Proceßordnung. Daraus folgt, daß solche Bestimmungen auch dann, wenn sie im bürgerlichen Proceßbuche stehen, doch nur die Wirkung eines Proceßgesetzes haben.*)

So sagt z. B. §. 106 I. 16 des Preußischen allgemeinen Landrechts, daß der Aussteller einer Quittung, der mehr als drei Monate verstreichen läßt, ohne den Schuldner wegen nicht geleisteter Zahlung zu belangen, eher zum Reinigungs- als der Aussteller zum Erfüllungseide gelassen werden soll.

Das ist eine lediglich den Proceßrichter angehende Vorschrift, der Proceßrichter kann sich aber nur nach derjenigen Proceßordnung

*) Dafür spricht sich auch Mittermaier im Archiv für civilist. Praxis Bd. 13. S. 315 aus.

richten, die für ihn Gesetz ist. Deshalb kann die Bestimmung des §. 106 a. a. O. auch nur von Gerichten, denen das allgemeine Landrecht als Gesetz gilt, zur Anwendung gebracht werden. Dasselbe gilt von dem folgenden §. 107, welcher lautet:

Auch kann der Aussteller nach Verlauf dieser Frist den Erben des Schuldners über nicht erfolgte Zahlung keinen Eid zuschieben. Auch diese Vorschrift verbietet nur dem Richter die Zulassung der Eideszuschiebung, also eines einzigen von den vielen Beweismitteln.

Gerade so verbietet Art. 1341 des Code civile nur die Aufnahme des Beweises durch Zeugen. Denn wie Zachariä im Handbuche des Französischen Civilrechts §. 758 sagt, nicht das ist der Sinn des Art. 1341, als ob zu dem Wesen — zu der Form — eines jeden Rechtsgeschäfts, dessen Gegenstand den Betrag von 150 Franken übersteigt, die Aufnahme einer Urkunde erfordert würde. Das Rechtsgeschäft besteht, auch wenn es blos mündlich abgeschlossen ist. Es kann also im Wege einer Klage oder Einrede geltend gemacht werden, vorausgesetzt, daß man es durch das Geständniß der Gegenpartei, oder durch den Eidesantrag in Gewißheit setzen kann.

Wie Art. 1341 des Code, so beschränken auch Art. 370 ff. des Baierischen Entwurfs nur die Zulässigkeit des Beweises durch Zeugen. Sie beschränken nur den Proceßrichter in dem ungehinderten Gebrauche der Beweismittel. Deshalb ist die Annahme des Dr. Creiznach die richtigere. Es gehört also die Bestimmung über die Beschränkung des Zeugenbeweises in die Proceßordnung.

Fragen wir nun aber ferner, ob eine solche Französische Beschränkung des Zeugenbeweises in eine Deutsche bürgerliche Proceßordnung aufzunehmen ist, so wird diese Frage in den drei erwähnten Gutachten verschieden beantwortet.

Haas bejaht diese Frage, Dr. Creiznach verneint sie. Ihm schließt sich der Professor Hinschius Bd. I. S. 166 a. a. O. an.

Gegen die unbeschränkte Zulässigkeit des Zeugenbeweises führt Haas an:

1) Die auch in den Baierischen Motiven hervorgehobene Unzuverlässigkeit des Zeugenbeweises, welche theils in dem Mangel an Redlichkeit, theils in dem unzureichenden Gedächtnisse der Zeugen ihren Grund hat.

Indeß sind alle Beweismittel, welche dem Richter zu Gebote stehen, unzuverlässig. Dies gilt auch von der Schrift. Wie meineidige Zeugen, so sind auch gefälschte Schriftstücke keine so große

Seltenheit. Und wenn die Schrift auch nicht gefälscht ist, so begründet auch sie nur eine Vermuthung dafür, daß sie die wahre Willensmeinung des Ausstellers wiedergiebt. Wie oft wird bewiesen, daß die Schrift anders lautet, als sie der wahren Absicht des Ausstellers nach lauten mußte. Wie oft wird z. B. ein Theil des Kaufpreises zur Verminderung von Kosten und Stempel verschwiegen.

Ebenso ist der zugeschobene und noch mehr der nothwendige Eid ein bedenkliches Beweismittel, weil er zu falschen Eiden führen kann.

Auch Zugeständnisse sind oft zweifelhafte Beweismittel. Es giebt eben für den menschlichen Richter kein in allen Fällen untrügliches Beweismittel. Deshalb muß er alle ihm irgend zu Gebote stehenden Mittel benutzen, um die Wahrheit zu ermitteln.

Wenn nun aber der Zeugenbeweis unbestritten in vielen Fällen ein gutes, vielleicht das einzige Mittel ist, um die Wahrheit einer Behauptung darzuthun, so ist es ein Mißgriff des Gesetzgebers, wenn er dem Richter in einzelnen, und sogar in den wichtigsten Fällen die Benutzung dieses Mittels verbietet. Der Gesetzgeber muß dem Richter zutrauen, daß er auch dies Mittel wie alle anderen richtig brauchen, und daß er so wenig einem unzuverlässigen Zeugen als einem gefälschten Schriftstücke Glauben schenken wird. Richtig bemerkt Hinschius S. 170 a. a. O.: Wäre der Zeugenbeweis wirklich so demoralisirend, wie es die Baierischen Motive ausführen, so könnte man sich nur wundern, wie man überhaupt so lange den Zeugenbeweis zugelassen hat.

2) Wenn Haas die Französische Beschränkung des Zeugenbeweises noch im Interesse der Rechtssicherheit befürwortet, so übersieht er, daß die Rechtssicherheit darin besteht, die Entscheidung des Richters so einzurichten, wie sie der wahren Sachlage entspricht. Zu diesem Zwecke muß er eben in den Stand gesetzt werden, sich von der Wahrheit der behaupteten Thatsachen durch alle gesetzlichen Beweismittel Ueberzeugung zu verschaffen.

3) Ferner hebt aber auch Haas die Französische Beschränkung des Zeugenbeweises als eine wesentliche Erleichterung und Vereinfachung des Verfahrens hervor.

Wir haben oben gesehen, wie gerade dieser Grund bei der Berathung in Hannover in den Vordergrund gestellt wurde. S. 2250 ff. der Protokolle wird zur Rechtfertigung des Antrags

auf Einführung der Französischen Beschränkung des Zeugenbeweises noch Folgendes von Dr. Leonhardt, dem Hannoverschen Abgeordneten, angeführt:

„Ein ausgezeichneter Kenner des mündlichen wie des schriftlichen Verfahrens, Dernburg, sage S. 303 seiner Abhandlungen: „Als Bedingung des Französischen Systems setzen wir aber die Formalisirung der Beweismittel voraus. Wo jeder Gegenbeweis zulässig ist, wo es keine typischen Beweismittel giebt, die in der Regel gegen einen Gegenbeweis durch Zeugen sicher stehen, da ist unsers Dafürhaltens ein Beweisinterlocut unentbehrlich....“

„Seit der Geltung der Hannoverschen Proceßordnung sei nun allerdings nie das Bedürfniß nach einer solchen Beschränkung des Zeugenbeweises hervorgetreten, von keinem Präsidenten der höheren Landesgerichte sei das Bedürfniß einer solchen Vorschrift auch nur angeregt. Allein aus dieser Erscheinung sei durchaus kein Argument gegen den jetzt gestellten Antrag zu entnehmen. Die Hannoversche Proceßordnung habe die Vereinfachung der Verhandlung und die Beschränkung des Proceßstoffs dadurch herbeigeführt, daß sie die gesammte mündliche Verhandlung der Sache in bestimmte Abschnitte theile, welche gegen einander abgeschlossen seien, so daß nach dem Eintreten eines solchen Abschnitts ein Zurückgehen auf den diesem angehörigen Theil des Verfahrens in einem späteren Proceßabschnitte nicht zulässig sei. Die Commission habe aber nach den von ihr gefaßten Beschlüssen mit anderen Grundprincipien auch diesen wichtigen Grundsatz des Hannoverschen Systems aufgegeben; nach dem von ihr beschlossenen Verfahren finde in jeder Instanz eigentlich nur eine mündliche Verhandlung statt, welche das gesammte Streitmaterial umfasse, welche allerdings unterbrochen und in anderen Tagfahrten fortgesetzt werden könne, in welcher es aber an fest gegen einander abgeschlossenen Abschnitten durchaus fehle. Ein solches Verfahren sei, wenn man eine wirklich gründlich mündliche Verhandlung erreichen wolle, undurchführbar, und man müsse daher auf andere Weise dahin wirken, daß der Proceßstoff ein beschränkterer, die mündliche Verhandlung vereinfacht werde. Von diesem Standpunkte aus müsse er die Beschränkung des Zeugen-

beweises in der beantragten Weise als eine Nothwendigkeit ansehen, während er von seinem principaliter eingenommenen Standpunkte aus für dieselbe sich nicht erklärt haben würde."

Wir sehen, daß der Vertheidiger dieses Antrags die Französische Beschränkung des Zeugenbeweises an sich nicht befürwortet. Er sieht sie nur als einen Nothbehelf an. Weil der natürliche, oft sehr reichhaltige processualische Stoff nicht in die enge Form des Französischen Processes paßt, welche wir in dem Hannoverschen, Baierischen und Preußischen Entwurfe wiederfinden, will man den processualischen Stoff beschneiden, und den Parteien die Möglichkeit nehmen, gerade in den wichtigen Streitsachen alle gesetzlichen Beweismittel zu benutzen.

Sollte dies aber das richtige Verfahren sein? Es ist nicht viel anders, als wenn man verlangte, die Füße müßten sich nach den Schuhen richten.

Die Proceßform muß doch so eingerichtet werden, daß sie jedes Proceßmaterial in sich aufnehmen kann. Taugt eine Proceßform nur für einfache Sachen, so eignet sie sich eben nicht zu einer allgemeinen Proceßform. Die Beweismittel sind ein ganz wesentlicher Theil des Processes. Es ist der traurigste Nothbehelf, ein sehr zu beachtendes, dem Französischen Anwaltsprocesse ausgestelltes Armuthszeugniß, wenn man bekennt, daß er nicht dazu geeignet ist, das ganze vorhandene reiche Material der Beweismittel in sich aufzunehmen und gehörig zu verarbeiten.

Unsere Sucht, den Franzosen nachzuahmen, hat uns schon so oft irre geführt, doch werden wir nicht durch Schaden klug. Wie man z. B. in Preußen mit den durch die Französische Dreitheilung herbeigeführten hohen Strafen für Verbrechen zugleich der Französische Nothbehelf der Feststellung mildernder Umstände durch die Geschworenen eingeführt hat, so will man jetzt in Baiern die Französische Form des Processes einführen, die sich aber für verwickeltere Sachen nicht eignet, deshalb greift man auch gleich zu dem Französischen Nothbehelf der Beschränkung des Zeugenbeweises, anstatt es bei dem Deutschen Processe zu belassen, welcher die Schrift zur Festhaltung des Vortrags der Parteien benutzt, so daß auch verwickelte und weitläufige Sachen in allen ihren Einzelnheiten der Entscheidung des Gerichts leicht unterbreitet werden können.

Zink sagt in seiner Schrift über die Ermittelung des Sachverhalts im Französischen Civilprocesse Bd. I. S. 347:

„Im Deutschen Verfahren ist das Beweisinterlocut eine ganz gewöhnliche und regelmäßige Erscheinung in der Mitte des Rechtsstreits, welche zu der längsten und am meisten verwickelten Episode desselben die Einleitung trifft; das Recht zur Beweisführung ist für jede Partei etwas Planes und Selbstverständliches, was der Richter auf der ersten Stufe seiner Reflexion gutwillig umfaßt, und dem er von freien Stücken die Thüre öffnet, um sich aus der Ungewißheit herauszuhelfen."

„Im Französischen Processe dagegen bildet das Anerbieten, einen Beweis zu führen, den letzten Nothanker einer Partei, das Beweisverfahren selbst eine seltene und, so lange es sich nur immer thun läßt, vermiedene Ausnahme. In den Augen der Richter erscheint dasselbe gewissermaßen als ein knorriger Auswuchs an dem geraden Stamme einer Rechtsverfolgung, dem man auf jede Weise vorzubeugen sucht. Um die Zulassung zu einem Beweisverfahren, von welchem wieder der Zeugenbeweis den häufigsten Fall bildet, wird von den Parteien selten gebeten, und diese Bitte noch seltener bewilligt; ist der Beweis auch in erster Instanz zugelassen, so wird er häufiger wieder in der zweiten abgeschnitten und sogleich auf den Grund der Hauptsache erkannt. Dieses letztere bildet den vorherrschenden Fall, und gewährt den vorzüglichsten Nutzen für die Erlaubniß, das Beweisinterlocut mit selbstständiger Berufung anzugreifen; von einer Versetzung der Beweislast oder Abänderung eines Beweisthemas ist bei solchen Beschwerden nirgends die Rede. So lange es nur immer möglich ist, suchen die Gerichte, und besonders die Obergerichte, eifrig alle Wendungen hervor, um sich mit den Urkunden und Umständen des Falls, die sämmtlich schon in der mündlichen Verhandlung vorkommen, mit Hülfe der Offenkundigkeit und ihrer eigenen Einsichten, das unumgängliche Licht über den Stand der Thatfragen zu verschaffen, und sich, so gut es nur immer gehen mag, auf einen vorspringenden Höhepunkt zu schwingen, welcher den nothdürftigen Einblick in die innere Verkettung eines verworrenen Rechtshandels gewährt; sie bieten Alles

auf, um die Weiterungen eines Beweisverfahrens zu ersparen, welches die bereits umständlich gepflogene Verhandlung in den Wind verhallen, ihren ganzen Erfolg wieder zu Nichts werden ließe. Sie glauben lieber etwas von dem, was die Theile vorbringen, um nur nichts hören zu müssen, was erst Zeugen zu bekräftigen Lust haben."

„Den Schluß der Entscheidungsgründe zu einem solchen Ausspruche bildet dann meistens der Satz, daß unter solchen Umständen die aufgestellten Artikel zum Theil nicht mehr erheblich und concludent genug, zum Theil schon jetzt durch die Umstände des Falls widerlegt seien, oder auch, wären sie gleich erwiesen, zu der daraus gezogenen Folgerung nicht hinführen würden, weshalb sich nicht dabei aufgehalten werde. Das Beweisinterlocut und das Beweisverfahren mit dem Hauptfalle des letzteren, dem Zeugenbeweise, werden von den Französischen Richtern als verdächtig mit scheelen Augen angesehen und beinahe feindselig behandelt; jeder Seitenweg, jede Combination von Umständen und Gegengründen ist ihnen willkommen, wird sorgfältig hervorgesucht und eifrig benutzt, um dieselben zu umgehen oder wie immer darüber hinwegzukommen."

Es ist dies kein verlockendes Bild des Französischen Beweisverfahrens. Wir sehen, wie der Französische Richter das vom Gesetzgeber ausgesprochene Mißtrauen gegen den Zeugenbeweis so weit ausdehnt, daß er dessen Aufnahme sogar in den gesetzlich zulässigen Fällen unterläßt. Er macht von der ihm eingeräumten discretionären Gewalt zu dem Zwecke Gebrauch, um mit möglichst wenig Mühe und Gründlichkeit aus der Sache heraus, und zu irgend einer Entscheidung zu kommen.

Soll das uns Deutsche zur Nachahmung auffordern?

Die gegen das erste Erkenntniß zulässigen Rechtsmittel.

Es lauten §. 615 — 617 des Preußischen Entwurfs:

§. 615. Die Berufung findet gegen Urtheile statt, welche im ersten Rechtszuge ergangen sind.

§. 616. Für die Berufung ist zuständig:

1) wenn sie gegen das Urtheil eines Einzelrichters eingelegt wird, das ordentliche Collegialgericht des

ersten Rechtszuges, in dessen Bezirk der Sitz des Einzelrichters sich befindet;

2) wenn sie gegen das Urtheil eines Collegialgerichts eingelegt wird, das Appellationsgericht, in dessen Bezirk der Sitz des Collegialgerichts sich befindet.

§. 617. Die Berufung ist unzulässig, wenn der Gegenstand des Rechtsstreits 20 Thaler oder weniger beträgt.

Berücksichtigt man, daß nach §. 47 des Preußischen Entwurfs alle vermögensrechtlichen Klagen, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswerth die Summe von 100 Thlr. nicht übersteigt, vor den Einzelrichter gehören, so kommt nach dem Preußischen Entwurfe die Sache wie folgt zu stehen:

A. Jedes Rechtsmittel ist unzulässig gegen das erste Erkenntniß, sobald der Gegenstand des Rechtsstreits nur 20 Thlr. und weniger beträgt.

B. Ueber die Berufung in Sachen über 20 bis 100 Thlr. steht dem Bezirksgerichte,

C. in Sachen zum Betrage von 100 Thlr. und mehr steht dem Appellationsgerichte die zweite Entscheidung zu.

Es sind dies freilich die nach den Preußischen Gesetzen vom 7. Juni 1821 und 11. Mai 1843 bereits in der Preußischen Rheinprovinz geltenden Bestimmungen, doch entsprechen sie weder der Deutschen Rechtsanschauung, noch würde ihre Einführung als eine Verbesserung der Deutschen Rechtspflege anzusehen sein.

Bis jetzt steht nämlich in Deutschland, und insbesondere im Gebiete des Preußischen Rechts, die Entscheidung zweiter Instanz ungetheilt und in allen Fällen dem Appellationsgerichte des Bezirks zu. Damit ist die Einheit des Rechts in jedem Appellationsgerichtsbezirke gewahrt.

Nach dem Preußischen Entwurfe würden aber die ersten Erkenntnisse in drei Gattungen zerfallen:

1) in solche, die ohne Weiteres rechtskräftig und unanfechtbar wären, bei einem Werthe von 20 Thlr. und weniger;

2) in solche, gegen welche man beim Bezirksgerichte (bei einem Werthe von 20 bis 100 Thlr.),

3) in solche, gegen welche man beim Appellationsgerichte (bei einem Werthe von 100 Thlr. und mehr) das Rechtsmittel einzulegen haben würde.

Dies führte dahin, daß nun in den Sachen bis zu 20 Thlr.

die Rechtsansichten der sämmtlichen Einzelrichter im Appellationsgerichtsbezirk unabänderliche Geltung erhalten, während in den Sachen von 20 bis 100 Thlr. die Bezirksgerichte, in den Sachen über 100 Thlr. aber die Appellationsgerichte die maßgebende Entscheidung zu treffen haben.

Nun steht aber doch fest, daß die Einheit der Rechtsprechung, d. h. die möglichste Gleichmäßigkeit der Entscheidung derselben Rechtsfragen vorzugsweise bei der Einrichtung der Rechtsmittel zu erstreben ist. Es schadet erfahrungsmäßig nichts so sehr dem Ansehen der Gerichte und dem Vertrauen in die Gerechtigkeit ihrer Entscheidungen, als die verschiedene endgiltige Entscheidung derselben Rechtsfragen in demselben Gerichtsbezirk. Der Uebelstand wird um so größer, je kleiner die Gerichte sind, welche solche endgiltige Entscheidungen treffen können.

Nach den Bestimmungen des Entwurfs kann derselbe Kläger, welcher im Bezirk des Appellationsgerichts aus demselben Rechtsgrunde verschiedene an demselben Orte wohnhafte Personen belangt, je nach dem Betrage der in jedem Falle eingeklagten Summe ganz verschiedene, aber doch unabänderliche Entscheidungen erhalten.

Es sind dergleichen Fälle nicht so selten, als man vielleicht glaubt. So klagte z. B. der Potsdamer Viehversicherungsverein auf Grund seiner Statuten eine Conventionalstrafe von 20 Thlr. gegen viele Gerichtseingesessene ein, die verschiedenen Vorschußvereine stellten Klagen gegen säumige Mitglieder an, und verlangten, den Statuten entsprechend, höhere Verzugszinsen als die gewöhnlich erlaubten. Beide Fragen waren zweifelhaft, und besonders in Bezug auf die Zulässigkeit und Höhe der Conventionalstrafe ergingen bei den einzelnen Gerichten im Bezirke des Appellationsgerichts die verschiedensten Entscheidungen, welche aber in Folge der eingelegten Recurse vom Appellationsgerichte sämmtlich nach gleichmäßigen Grundsätzen entschieden sind.

Es wäre offenbar ein Rückschritt, wenn diese Einheit in der Rechtsprechung zweiter Instanz aufgehoben und dagegen die Französische Zersplitterung eingeführt würde.

Dennoch geht der Baierische Entwurf in der Zersplitterung noch weiter. Nach Art. 648 des Baierischen Entwurfs sind nämlich nicht nur die Erkenntnisse der Einzelrichter bis zum Werthe von 50 Fl., sondern auch die Erkenntnisse der Collegialgerichte bis

zum Werthe von 300 Fl. unanfechtbar. Dadurch erhält man also vier Arten von Erkenntnissen:

1) bis zum Werthe von 50 Fl. ist das Erkenntniß eines jeden Einzelrichters keiner Berufung unterworfen;
2) bei einem Werthe von 50 Fl. bis 150 Fl. entscheidet der Einzelrichter in erster, das Collegialgericht in zweiter Instanz;
3) bei einem Werthe von 150 Fl. bis 300 Fl. ist keine Berufung gegen das Erkenntniß des Collegialgerichts zulässig;
4) nur bei einem Werthe von 300 Fl. und mehr geht die Berufung an das Appell-Gericht.

Nach §. 561 des Hannoverschen Entwurfs bleibt es der Landesgesetzgebung überlassen, die Berufung bei geringerem Werthe des Gegenstandes derselben, so wie in geringfügigen Rechtsstreitigkeiten zu beschränken und auszuschließen.

Der Sächsische Entwurf hält dagegen auch hier an den Grundsätzen des Deutschen Processes fest. Er läßt stets das Appell-Gericht in zweiter Instanz entscheiden, und läßt, was für die Herbeiführung einer gründlichen und gerechten Entscheidung der Processe von der allergrößten Bedeutung ist, die Appellation ohne Unterschied der Summe in allen Rechtsstreitigkeiten zu. Es können also auch zur Unterstützung der Appellation in der geringfügigsten Sache neue Thatsachen und Beweismittel angeführt werden.

Dies ist nach dem Preußischen Recht bei Sachen unter 50 Thlr. nicht zulässig, in so weit vielmehr ein der Nichtigkeitsbeschwerde nachgebildetes Rechtsmittel, der Recurs, eingeführt, der sich ganz allmälig ausgebildet hat. Derselbe ist nach dem Preußischen Gesetze vom 20. März 1854 begründet:

1) wenn gegen die klare Lage der Sache erkannt ist, oder wenn erhebliche Thatsachen unbeachtet gelassen oder wesentliche Proceßvorschriften verletzt sind;
2) wenn das Urtheil einen Rechtsgrundsatz verletzt, er möge auf einer ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes beruhen, oder aus dem Sinn und Zusammenhang der Gesetze hervorgehen, oder wenn dasselbe einen solchen Grundsatz in Fällen, wofür er nicht bestimmt ist, in Anwendung bringt.

Das Gericht erster Instanz hat nur zu prüfen, ob die Anmeldung des Recurses rechtzeitig erfolgt, und das Rechtsmittel dem

Gegenstande nach zulässig ist. Es sendet, wenn beides der Fall die Recursbeschwerde mit den Acten an das Appellationsgericht.

Findet dieses nach Prüfung der Verhandlungen die Recursbeschwerde unzulässig oder unbegründet, so ist dieselbe durch eine unter Beifügung der Gründe sofort zu erlassende Resolution zurückzuweisen, und Abschrift davon unter Rücksendung der Acten dem Gerichte erster Instanz zuzufertigen.

Andernfalls wird die Recursbeschwerde dem Gegentheil zur Gegenausführung binnen einer Frist von 14 Tagen mitgetheilt, und zugleich der Termin zur Entscheidung über den Recurs anberaumt, zu dem beide Theile geladen werden.

Dieses Rechtsmittel des Recurses will nun der Preußische Entwurf ganz abschaffen, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Auch das Gesetz vom 20. März 1854 habe die Klagen über die Mangelhaftigkeit dieses Rechtsmittels nicht zum Schweigen gebracht, namentlich habe sich die Abweisung durch Resolution, ohne daß eine Gegenvorstellung oder ein Rechtsmittel gegen dieselbe zulässig wären, nicht bewährt.

Es liege in der Natur der Dinge, daß die Unvollkommenheit des Recurses sich nur durch größere Annäherung desselben an die Appellation oder Berufung heben lasse.

Wären diese Behauptungen der Motive begründet, so könnten sie doch nur die Veranlassung sein, das Recursverfahren den gemachten Erfahrungen gemäß zu *verbessern*, nicht aber darf man wegen solcher Mängel dasselbe ganz abschaffen, und so das Kind mit dem Bade ausschütten.

Es ist für die Rechtsuchenden eine Nothwendigkeit, daß sie auch in Sachen bis zu 20 Thlrn. ein Rechtsmittel haben, das sie gegen die offenbaren Verstöße schützt, welche bei Abfassung des ersten Erkenntnisses oft genug vorkommen.

Um den praktischen Werth dieses Rechtsmittels richtig zu würdigen, führen wir an, daß z. B. beim Appellationsgericht zu Naumburg in den Jahren 1862 bis 1864 in Processen bis zum Werthe von 20 Thlrn. überhaupt 1295 Recurse eingeleitet sind. In Folge derselben wurden auch 341 Erkenntnisse abgeändert, weil sie gegen Rechtsgrundsätze oder die klare Lage der Sache verstießen.

Nach dem Entwurfe würden alle diese Verstöße in Zukunft unverbesserlich sein. Man sieht nicht ein, warum den Gerichtseingesessenen, welche in allen anderen Rechtsangelegenheiten wegen ge-

8*

ringsten Werthes bei dem Appellationsgericht Beschwerden anbringen können, in Processen von geringem Werthe dieser Weg verschlossen werden soll.

Auch ist in nicht wenigen Fällen die in dem einzelnen Processe gerade streitige Summe nicht der wahre Werth des streitigen Rechts. Oft genug muß, wie schon oben bemerkt ist, dasselbe streitige Recht gegen verschiedene Personen in einzelnen Processen wiederholt eingeklagt werden. So summirt sich das Unrecht.

Mit Recht wird S. 283 der Sächsischen Motive gesagt: daß eine geringfügige Sache oft eben so verwickelt und schwierig wie eine große ist, und daß bei der Entscheidung der ersteren eben so wie bei Entscheidung der letzteren ein Versehen unterlaufen kann, daher die Rechtspflege ihre Obliegenheit, Allen den gleichen Rechtsschutz zu gewähren, nicht nachkäme, wenn sie gewisse geringfügige Sachen für inappellabel erklären wollte.

2) Führen aber die Preußischen Motive an, und dies ist wohl der Hauptgrund: das Rechtsmittel des Recurses sei in seiner gegenwärtigen Gestalt mit dem System des Entwurfs nicht vereinbar. Wesentlich auf dem Actensystem beruhend, lasse es sich ohne gänzliche Umgestaltung des Entwurfs nicht aufrecht erhalten.

Wir finden hier wieder, daß eine an sich zweckmäßige, ja nothwendige Einrichtung um deshalb beseitigt werden soll, weil sie sich mit dem Französischen System nicht verträgt. Man muß aber umgekehrt hierin einen Grund gegen das Proceßverfahren des Entwurfs finden. Es ist dies wieder ein Beweis dafür, welchen großen Nutzen es nach allen Richtungen hin hat, wenn das Streitmaterial der Deutschen Rechtsübung entsprechend auch schriftlich festgestellt wird.

Endlich müssen wir aber auch noch diejenigen Gründe prüfen, welche der Preußische Entwurf dafür anführt, daß nicht die Appellations-, sondern die Bezirksgerichte in zweiter Instanz über Sachen zum Werthe von 20 bis 100 Thlrn. erkennen sollen.

a) Wenn die Berufungen sämmtlich an die Appellationsgerichte gingen, so befürchten die Motive eine Geschäftsüberhäufung der Appellationsgerichte.

Dies sollte jedoch vielmehr ein Grund für die Motive sein, die jetzige Einrichtung der Rechtsmittel zu belassen, bei welcher erfahrungsmäßig eine solche Geschäftsüberhäufung nicht stattfindet, während jetzt sowohl das Rechtsmittel gegen alle ergangenen Er-

kenntnisse zulässig ist, als auch die Entscheidung ungetheilt in der Hand des Appellationsgerichts liegt.

b) Ferner finden die Motive darin ein Mißverhältniß, daß gegen das Urtheil eines Einzelrichters an ein Collegium von fünf Richtern eines höheren Gerichtshofes Berufung eingelegt werden solle.

Gerade der Umstand, daß nur ein Richter erkannt hat, macht es nöthig, die Entscheidung auf die Berufung einem tüchtig besetzten größeren Collegium zu übertragen. Auch eignen sich die Richter beim Appellationsgericht zur Entscheidung auf die Berufung, welche besonders zweifelhafte Rechtsfragen zur Entscheidung zu bringen pflegt, besser als die von den mannigfaltigsten Geschäften in Anspruch genommenen Bezirksrichter; diesen stehen nicht die nothwendigen literarischen Hülfsmittel zu Gebote, da wohl beim Appellationsgerichte, nicht aber bei jedem Bezirksgerichte eine vollständige juristische Bibliothek vorhanden sein kann. Das muß doch auch wohl der Entwurf annehmen, denn sonst ist nicht einzusehen, warum er die Appellationsgerichte nicht ganz abschafft. Man könnte ja die Entscheidung auf alle Berufungen gegen die Erkenntnisse des einen Kreisgerichts ein für alle Mal einem benachbarten Kreisgerichte übertragen, wie dies die assemblée constituante in Frankreich that.

c) Endlich nimmt der Entwurf an, die Gegenstände, welche den größeren Theil der vor dem Einzelrichter zur Verhandlung gelangenden Processe bilden, mache eine genaue Kenntniß der localen Verhältnisse, wie sie dem Bezirksgericht beiwohne, wünschenswerth.

Dieser Grund ist aber ganz unrichtig. In den allerseltensten Fällen kommt es in den Processen auf eine solche genaue Kenntniß der localen Verhältnisse an. Auch dann wohnen aber solche locale Kenntnisse in der Regel dem Bezirksgerichte nicht in höherem Grade als dem Appellationsgerichte bei. Solche Verhältnisse müssen, in so weit sie streitig sind, für beide Gerichte durch den Augenschein oder durch sachkundige Männer festgestellt werden.

Da übrigens in Frankreich durch ein Gesetz von 1856 den Appellationsgerichten wieder alle Appellationen ausschließlich übertragen sind, so ist man hier in Preußen und Baiern wieder im Begriff, den Franzosen einen Mißgriff nachzumachen, nachdem diese sich bereits von demselben losgesagt haben.

Acquiescement.

Es ist ein alter und an Controversen reicher Satz des Französischen Proceßrechts, daß ein Erkenntniß auch durch stillschweigende Anerkennung desselben rechtskräftig und unanfechtbar werde. Zwar sagt Art. 5 des Tit. XXVII der Ordonnanz von 1667: Unter den in Rechtskraft erwachsenen Urtheilen versteht man solche, welche in letzter Instanz erlassen sind, oder wogegen keine Berufung mehr zulässig ist, weil die Parteien ausdrücklich (formellement) acquiescirt haben. Die Französischen Processualisten halten sich aber nicht an diese ältere gesetzliche Vorschrift, sondern nehmen an, daß auch ein stillschweigendes acquiescement stattfinde. Dieser Französischen Theorie schließt sich denn auch der Preußische Entwurf an. Es bestimmt §. 600 über die Verzichtleistung auf Rechtsmittel.

Als Verzichtleistung gilt:

1) die freiwillige Vollziehung, so fern dieselbe ohne Vorbehalt geschieht;
2) die weitere Betreibung des Rechtsstreits auf Grund des Urtheils;
3) die freiwillige Einlassung, falls der Gegner den Rechtsstreit auf Grund des Urtheils weiter betreibt.

Der Paragraph stellt also Vermuthungen auf, indem er Thatsachen hervorhebt, aus welchen ein für alle Mal gefolgert werden soll, daß auf das in Rede stehende Rechtsmittel verzichtet worden.

Solche Vermuthungen kennt aber weder der gemeine Deutsche noch der Preußische Proceß. Sie finden sich weder in dem Hannoverschen noch im Sächsischen Entwurf, nur der Baierische Entwurf schließt sich gleichfalls im Art. 646 der Französischen Praxis an.

Es erscheint aber in der That nicht angemessen, solche Vermuthungen aufzustellen, welche leicht mit der wahren Sachlage in Widerspruch treten. Vielmehr ist in jedem einzelnen Falle nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen, ob der das Rechtsmittel Einlegende bereits eine Erklärung abgegeben hat, welche einen Verzicht auf das von ihm eingelegte Rechtsmittel enthält. Nach §. 381 I 16 des Preußischen allgemeinen Landrechts erfordern Erlaß und Verzichtleistungen allemal eine ausdrückliche Willenserklärung. Auch nach §. 143 des Sächsischen Gesetzbuchs ist der Verzicht streng auszulegen. Dies ist auch das allein Richtige. Es ist niemals zu vermuthen, daß Jemand Rechte, die ihm zustehen,

aufgeben will. Am allergefährlichsten sind aber diese Französischen Rechtsvermuthungen des Preußischen Entwurfs. Wie v. Linde in seiner Abhandlung von dem Verzichte auf Rechtsmittel (Arch. für civ. Praxis Bd. 14 S. 16) sagt, ist es nicht möglich, mehr als den allgemein leitenden Grundsatz anzugeben. Der Bildung des Richters muß die Anwendung des Grundsatzes auf die einzelnen Fälle überlassen werden. Sonach schlägt v. Linde als Art. 1 eines über diesen Gegenstand zu erlassenden Gesetzes vor: die rechtliche Möglichkeit und Verbindlichkeit des Verzichts auf einen ganzen Rechtsstreit, oder einzelne Abschnitte oder Handlungen desselben, wird im Allgemeinen nach den über den Verzicht geltenden Grundsätzen des bürgerlichen Rechts beurtheilt.

Die Nichtigkeitsbeschwerde

bietet zwei Gesichtspunkte, welche ganz besonders die Vorliebe des Preußischen und Baierischen Entwurfs für das Französische Wesen darthun.

Nach 661 des Preußischen Entwurfs gehört zur Begründung derselben die vorherige gerichtliche Niederlegung von 50 Thlr. zur Deckung der, im Falle der Verwerfung des Rechtsmittels zu zahlenden Succumbenzstrafe, so wie 50 Thlr. zur Sicherstellung des Gegners für die Proceßkosten, oder wenn dem Richter das Armenrecht gewährt ist, der desfallsige Beschluß. Art. 773 des Baierischen Entwurfs verlangt die Niederlegung von 2mal 50 Fl. zu gleichem Zwecke.

Das Französische Gesetz verlangt nur die Hinterlegung von 150 Fr., also nur 30 Thlr.

Würde diese Französische Einrichtung überall in Deutschland eingeführt, so wäre dies ein entschiedener Rückschritt in unserer Rechtspflege.

Allerdings kannten wir solche Succumbenzgelder, doch ging man niemals in Deutschland so weit, von deren vorheriger Niederlegung die Zulässigkeit des Rechtsmittels abhängig zu machen. Auch die Preußische Gebührentaxe von 1815 setzte noch die Succumbenzgelder auf 10 Thlr. in zweiter und auf 20 Thlr. in dritter Instanz fest. Die vielfachen Klagen hierüber veranlaßten jedoch deren Abschaffung seit dem Jahre 1851.

In der That erscheint es seltsam, die Parteien dafür zu strafen,

daß ihr Rechtsmittel keinen Erfolg gehabt hat. Eigentlich müßte der Anwalt büßen, welcher der Partei dazu gerathen hat, das erfolglose Rechtsmittel einzulegen. Indeß gehört nur ein geringer Grad von Erfahrung dazu, um zu wissen, daß der Ausgang vieler Processe nicht vorher zu sehen ist. Nur das ließe sich rechtfertigen, wenn man die Partei strafen wollte, welche dies erfolglose Rechtsmittel wider besseres Wissen und gegen den Rath des Anwalts eingelegt hat. Zu welchen Weiterungen aber würde dies führen. Doch zielt Art. 753 des Baierischen Entwurfs dahin, indem er bestimmt:

> Die Geldbuße trifft auch den Anwalt des Beschwerdeführers, wenn ihm eine Mitschuld zur Last fällt.
>
> Sie ist nur gegen den Anwalt zu verhängen, wenn dieser als der allein schuldige Theil erscheint.

Wie soll aber das Gericht die Unterlagen für die Beurtheilung der Schuld des Anwalts erhalten?

Es läßt sich mit Gewißheit voraussehen, daß diese Bestimmungen keinen irgend erheblichen praktischen Erfolg haben werden.

Die Preußischen Motive sagen zwar S. 167, daß die Bedenken, welche gegen die Einführung dieser Französischen Einrichtung sprechen, nicht unerwogen geblieben sind, sie verschweigen aber die sachlichen Gründe, welche über diese Bedenken hinweg geholfen haben. Die Motive beziehen sich nur auf die lehrreichen Erfahrungen, welche man in dieser Beziehung in Frankreich gemacht habe, wo man nach vielfachen Schwankungen auf die ähnliche Bestimmung als unbedingt nothwendig zurückgekommen ist.

Wenn man aber in Frankreich zu dieser Weise der Beschränkung der Nichtigkeitsbeschwerde zurückgekehrt ist, so liegt dies wohl darin, daß man sich dort des Hauptbedenkens nicht recht bewußt gewesen ist, daß nämlich auf diese Weise das Rechtsmittel ein Vorrecht der Vermögenden, und dadurch die Gleichheit vor dem Gesetze in hohem Grade beeinträchtigt wird.

Daß nach dem Preußischen Entwurf die Verstattung zum Armenrechte von Einzahlung der 100 Thlr. befreit, beseitigt dies Bedenken in keiner Weise. Die Mehrheit der Parteien gehört zu denjenigen, welche zwar nicht das Armenrecht beanspruchen können, doch aber nicht im Stande sind, 100 Thlr. vorweg baar einzuzahlen und sie gleichsam als Wette für den glücklichen Erfolg der Nichtigkeitsbeschwerde einzusetzen. Auch Leonhardt sagt in seinem zweiten

Beitrag zur Reform des Civilprocesses S. 175: Die Zahl der Personen, welche so hohe Eintrittsgelder für den Tempel der Gerechtigkeit zur Disposition haben, ist keine sehr große.

Es ist zu bedauern, daß die Preußischen Motive nur die Französischen Erfahrungen in's Auge fassen, und ganz unbeachtet lassen, daß wir auch in unserem Vaterlande Erfahrungen gemacht haben, in Folge deren die Succumbenzgelder ganz abgeschafft sind. Auch die Römische Rechtsgeschichte ist für diese Frage lehrreich. Wir erhalten von der Nothwendigkeit, Succumbenzgelder zu zahlen, zuerst durch eine Verordnung Nero's Nachricht. Damals war die Appellation an den Imperator schon mit einer poena verbunden, und diese Bestimmung dehnte Nero auf Appellationen an den Senat aus. Unter seinen Nachfolgern bildete sich ein umfassenderes System aus, wonach der Appellant durch Deposition für den Fall des Unterliegens bei dem Unterrichter spondiren mußte. Man überzeugte sich aber schon damals von der Unzweckmäßigkeit einer solchen Wette. Sie fiel im Laufe der Zeit fort. Insbesondere weisen Diocletian und Maximian den Richter nur an, denjenigen, welcher temere appellirt, mediocriter zu strafen.

So rührt also diese Französische Einrichtung aus Nero's Zeit her und bildete sich unter seinen Nachfolgern zu einem System aus.

Was aber diejenigen 50 Thlr. angeht, welche zur Sicherstellung des Gegners für die Proceßkosten niedergelegt werden sollen, so wird in den Preußischen Motiven zu §. 133 und 134 angeführt, daß bereits bei den im Jahr 1827 stattgefundenen Berathungen die unbedingte Befreiung der Inländer von der cautio pro expensis beschlossen ist, und es sich in der That bezweifeln lasse, ob ein haltbarer innerer Grund für diese Verpflichtung des Klägers spreche.

Zwar sagen die Preußischen Motive noch: Wollte man die Bedenken gegen diese Französische Einrichtung berücksichtigen, so bliebe kein anderer Ausweg, als die Beschränkung des Rechtsmittels mittelst Ausschließung der weniger erheblichen Rechtsstreitigkeiten. Gerade hiergegen ließen sich aber noch in weit höherem Maaße dieselben Bedenken geltend machen, mit welchen die Anordnung des Entwurfs zu bekämpfen ist.

Dies ergiebt klar, daß die Motive auf das wichtigste Bedenken, die Herbeiführung einer solchen Ungleichheit vor dem Gesetze, gar nicht gekommen sind. Denn die Beschränkung des

Rechtsmittels auf die erheblichen Rechtsstreitigkeiten trifft alle Parteien in gleicher Weise, mögen sie bemittelt sein oder nicht.

Diese Art der Beschränkung des Rechtsmittels dritter Instanz entspricht aber auch der Deutschen Rechtsübung, da die meisten Deutschen Landesgesetze das Rechtsmittel dritter Instanz nur in den wichtigeren Processen gestatten.

Der Hannoversche Entwurf enthält diese Französische Beschränkung nicht. Er überläßt es vielmehr im §. 607 der Landesgesetzgebung, nur für den Fall muthwilliger Nichtigkeitsbeschwerden Strafen festzusetzen, und die Zulassung der Nichtigkeitsbeschwerde von der vorgängigen Hinterlegung des zur Sicherstellung der Strafe erforderlichen Betrags abhängig zu machen.

Man sprach sich nach S. 3807 und 3808 der Protokolle ziemlich allgemein gegen diese Französische Einrichtung aus. Auch dort sagte Leonhardt, daß sie jeder gesunden Gesetzgebungspolitik widerspreche, und gleichsam einen Schlagbaum vor den Tempel der Gerechtigkeit lege. Nach S. 3810 des Protokolls ist der Vorbehalt in den §. 607 des Entwurfs nur mit Rücksicht auf die verschiedenen Verhältnisse in den Einzelstaaten gemacht, wonach die Landesgesetzgebung ein Succumbenzgeld einführen dürfe, welches zwar vor Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde zu erlangen sei, aber vom Gericht nur für den Fall eingezogen werden dürfe, daß sich die Nichtigkeitsbeschwerde als eine muthwillige darstelle.

§. 680 des Preußischen Entwurfs lautet:

> „Im Falle der Vernichtung des Urtheils hat das Gericht zugleich die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Gericht des betreffenden Rechtszuges oder, nach seinem Ermessen, an ein anderes Gericht derselben Art zu verweisen."

Wir finden hier vollständig Französisches Recht. Die Motive rechtfertigen dies damit, daß das, das Verfahren der beiden Vorinstanzen beherrschende Princip der Mündlichkeit es nicht gestatte, den höchsten Gerichtshof auf Grund der schriftlichen Unterlagen der dritten Instanz in der Sache selbst erkennen zu lassen....

Das im Entwurfe vorgeschriebene Verfahren lasse sich auch mit der Behauptung nicht bekämpfen, überall, wo in Deutschland das Französische Proceßrecht gelte, habe der höchste Gerichtshof im Falle der Vernichtung des Urtheils auf Einlegung des Cassationsrecurses anderweit in der Sache selbst zu entscheiden.

Der Grund sei von geringem Gewicht, denn in Frankreich selbst besteht die umgekehrte Einrichtung, deren Aenderung durch die Deutschen Gesetzgebungen durch Zweckmäßigkeitsrücksichten veranlaßt ist, vielleicht ohne volle Würdigung aller entgegenstehenden Bedenken....

Man sieht, wie eben Deutsche Erfahrungen, wie die Zweckmäßigkeit der Einrichtung den Preußischen Motiven von gar geringem Gewicht sind. Mit Recht bemerkt Leonhardt S. 104 seines zweiten Beitrags: Der Grundsatz der Mündlichkeit fordert nur, daß, wenn das angefochtene Urtheil als dem Gesetze nicht entsprechend befunden wird, und ein weiteres Verfahren erforderlich wird, dies vor dem obersten Gerichtshofe in derselben Weise wie vor dem Berufungsgerichte stattfinde. Den factischen Schwierigkeiten begegne man dadurch, daß die Sache zum weiteren Verfahren an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist, wenn entweder neue Ermittelungen erforderlich werden oder auch nur das Ergebniß thatsächlicher Würdigungen, welche in dem angefochtenen Erkenntnisse nicht vorgenommen sind, in Betracht kommt, der oberste Gerichtshof also nur dann in der Sache zu entscheiden hat, wenn dieselbe zu dieser Entscheidung reif ist. Nur diese Auffassung, nach welcher der mit der Nichtigkeitsbeschwerde angegangenen Behörde die Befugniß, in der Sache selbst zu entscheiden, grundsätzlich nicht entzogen, folgeweise dieselbe des Charakters eines Gerichts in der wahren Bedeutung des Wortes nicht beraubt werde, entspreche dem Deutschrechtlichen Nichtigkeitsverfahren.

Der Baierische Entwurf stimmt im Art. 755 bis 757 mit dem Preußischen Entwurf überein. Das weitere Verfahren ist jedoch verschieden.

§. 683 des Preußischen Entwurfs sagt:

„Das Gericht, an welches die Sache verwiesen wird, ist gehalten, die Rechtsnormen, welche der höchste Gerichtshof aufgestellt und der ausgesprochenen Vernichtung zu Grunde gelegt hat, als maaßgebend anzuerkennen und der ferneren Verhandlung und Entscheidung gleichfalls zu Grunde zu legen."

Art. 758 des Baierischen Entwurfs aber lautet:

„Wenn das Gericht, an welches die Hauptsache verwiesen wurde, bei seiner Entscheidung der in dem Urtheil des obersten Gerichtshofs festgestellten Rechtsansicht entspricht,

so kann auf demselben Grunde keine neuerliche Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden.

„Legt das Gericht der neuen Entscheidung die von dem obersten Gerichtshofe verworfene Rechtsansicht zu Grunde,*), so ist desfalls eine neuerliche Nichtigkeitsbeschwerde zulässig. In solchem Falle entscheidet der oberste Gerichtshof in seiner Plenarsitzung über die Beschwerde.

„Erfolgt hierbei neuerdings die Vernichtung des angefochtenen Urtheils, so entscheidet der Gerichtshof zugleich über die Hauptsache. Wenn diese Entscheidung jedoch weitere thatsächliche oder rechtliche Erörterungen erfordert, so verweist der Gerichtshof die Sache an ein anderes, dem Gerichte, dessen Urtheil vernichtet worden ist, gleichstehendes Gericht, welches bei seiner Entscheidung nun an die vom obersten Gerichtshofe festgestellte Rechtsansicht gebunden ist."

Anstatt nun hier auszuführen, wie wenig diese Vorschriften des Preußischen und Baierischen Entwurfs der Deutschen Rechtsanschauung entsprechen, beziehen wir uns auf Leonhardt's gründliche Ausführung S. 178 ff. a. a. O. und auf Plank's Bemerkungen über den Baierischen Entwurf. Letzterer führt S. 281 ff. Band 4 der kritischen Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft aus, daß die Französische Einrichtung sich schon praktisch nicht empfehle. Aber auch die Grundidee der Französischen Einrichtung sei theoretisch unrichtig. Es beruhe nämlich auf einer leeren Abstraction oder auf einem inneren Widerspruch, wenn man Recht sprechen lassen wolle um des Rechts selber, und nicht um der beim Rechtsspruch Betheiligten willen. Die Gerichte seien dazu da, den Betheiligten Recht zu sprechen mit für diese verbindlicher Kraft. Die Entscheidungen des Französischen Cassationshofs seien keine Urtheile, denn sie setzten den Betheiligten keine ihren Streit erledigende, sie verpflichtende Norm. Sie seien nur die Negation eines ergangenen Urtheils.

Wir bemerken nur noch, daß auch der im Preußischen Justiz-Ministerialblatte von 1860 S. 183 ff. veröffentlichte Entwurf eines Gesetzes über das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde im §. 19

*) Wie soll es aber werden, wenn das Gericht der neuen Entscheidung eine neue Rechtsansicht zu Grunde legt?

die Sätze enthielt, welche sich jetzt in dem Preußischen Entwurfe finden.

Dieser Entwurf ist jedoch in Folge der gegen den ersten Entwurf erhobenen Erinnerungen revidirt, und lautet der §. 19 des **revidirten** Entwurfs dagegen:

> „Wird die Nichtigkeitsbeschwerde begründet befunden, so erkennt das Obertribunal unter angemessener Vertheilung der Kosten des Nichtigkeitsverfahrens **in der Sache selbst**, sofern dieselbe zu seiner Entscheidung reif ist…"

Aehnlich lautet denn auch §. 620 des Hannoverschen Entwurfs.

Die Zwangsvollstreckung.

Wir haben oben bei der Besprechung des Proceßbetriebs durch die Vermittelung der Gerichte bereits gesehen, wie die drei Entwürfe das wahre Wesen der Deutschen Proceßleitung gänzlich verkannten, indem sie, der Französischen Anschauung folgend, annahmen: die Vermittelung des Proceßbetriebes passe sich wenig für das Richteramt. Es sei dies nur eine mechanische Thätigkeit, die man einem selbstständigen Unterbeamten übertragen könne.

Denselben Mißgriff machen die drei Entwürfe bei der Zwangsvollstreckung. Anstatt des Deutschen einfachen, natürlichen und den Parteien bequemen Verfahrens bringen die drei Entwürfe eine dem Französischen nachgebildete, künstliche Procedur, welche dem rechtskundigen Schuldner mancherlei Schlupfwinkel bietet. Es ist ein kleines Labyrinth, in welchem sich der Nichtrechtsverständige wie gewöhnlich im Französischen Processe nur mit Hülfe der Advocaten zurecht finden kann.

Wird bei einem Deutschen Gerichte der Antrag gestellt, ein Erkenntniß zur Execution zu bringen, so liegt die Vollstreckung dem Gerichte als solchem ob. Es bedarf keiner weiteren Thätigkeit des Executionssuchers. Der Richter prüft die Zulässigkeit des Antrags und läßt die Vollstreckung unter seiner Autorität durch Unterbeamte besorgen.

In Frankreich kennt man aber so vollständig organisirte Gerichte nicht. Man hat statt dessen drei selbstständige Beamte. Daraus folgt denn, daß auch bei der Zwangsvollstreckung die Vertheilung der Geschäfte unter die einzelnen Gerichtsbeamten nicht mehr als eine innere Angelegenheit des Gerichts angesehen werden

kann. Das Gesetz muß die Geschäfte vertheilen und jedem Beamten einen Theil zuweisen.

Da nun der Französische Richter grundsätzlich seine Thätigkeit auf den engen Kreis der Audienzen beschränkt, so ist auch die ganze Zwangsvollstreckung dem Gerichtsvollzieher überlassen. Nur wenn Streitigkeiten entstehen, beginnt jedesmal ein neues processualisches Verfahren, welches erst eine richterliche Entscheidung herbeiführt.

Da nun die drei Entwürfe sich schon dafür entschieden hatten, besondere, vom Richter unabhängige Zustellungsbeamte anzustellen, unsere Deutschen Gerichte also in drei selbstständige Beamte aufzulösen, so blieb ihnen nichts Anderes übrig, als dem Zustellungsbeamten auch die Zwangsvollstreckung zu übertragen, und so an die Stelle des Deutschen das Französische Vollstreckungsverfahren zu setzen.

Es wird zur leichteren Uebersicht dienen, wenn wir bei unserer Vergleichung zunächst

das Verfahren bis zum Erlaß des Befriedigungsgebots an den Schuldner

in's Auge fassen.

Nach Deutschem Rechte ist der Regel nach die Execution nicht früher zulässig, bis die Entscheidung rechtskräftig geworden. Geht also beim Gericht ein Executionsantrag ein, so prüft der Richter nach den beiliegenden Acten, ob das zu vollstreckende Erkenntniß rechtskräftig ist, ob der gestellte Antrag mit der Entscheidung stimmt; ob der Executionssucher, z. B. der Vormund, die Zahlung verlangen kann; ob der, gegen welchen die Execution vollstreckt werden soll, dazu auch verurtheilt ist. Erst, wenn Alles in Ordnung befunden oder vom Executionssucher in Ordnung gebracht ist, beauftragt der Richter den Executor mit der Vollstreckung und giebt dem Schuldner die Zahlung auf. Man sieht, wie wesentlich und nützlich diese Thätigkeit des Richters ist. Sie schützt den Schuldner vor unbegründeten Angriffen und beugt damit allen Weiterungen bei der Vollstreckung selbst vor.

Der Französische Richter dagegen bekümmert sich nicht um die Zulässigkeit des Executionsantrags. Hat er ein den Verklagten verurtheilendes Erkenntniß gesprochen, so kann der Kläger damit ohne Weiteres zum Gerichtsvollzieher gehen und es zur Vollstreckung bringen. Auch dieser fragt nicht, ob das Erkenntniß rechtskräftig

ist, sondern erläßt ohne Weiteres das Befriedigungsgebot an den Schuldner.

Wie der Französische Gerichtsvollzieher dem Verklagten jede noch so unbegründete Klage zustellt, und es Sache des Verklagten ist, sich im Wege des Processes gegen den Klageantrag zu vertheidigen, so muß er sich auch gegen die Vollstreckung des noch nicht rechtskräftigen Erkenntnisses im Wege eines neuen processualischen Verfahrens schützen.

Wir haben gesehen, wie Schlink diese Französische Befugniß, unzulässige Klagen mit dem Erfolg anzustellen, daß sich der Verklagte gegen dieselbe vertheidigen muß, als ein Recht der natürlichen Freiheit rühmt. Denselben Grund könnte man für die Stellung unbegründeter Executionsanträge geltend machen.

So weit geht indeß auch Schlink nicht, vielmehr sagt er im Bd. II. §. 391 seines Commentars:

> „daß diese Französische Einrichtung eine große Menge von Verlegenheiten bereite, wenn mitten in der Execution appellirt wird, und nun Alles bis zur Entscheidung in der zweiten Instanz in statu quo verbleiben muß."
>
> Hat der Gläubiger die Execution zu Ende gebracht, und wird demnächst seine Klage reformatorisch abgewiesen, „so ist seine Lage noch trostloser, da sein ganzes Verfahren vernichtet worden und er den Schaden ersetzen muß."

Der Baierische Entwurf trägt dennoch kein Bedenken, in Französischer Weise auch die Zwangsvollstreckung aus Erkenntnissen zuzulassen, welche noch nicht rechtskräftig geworden sind. Nach Art. 795 hat es nur die Einstellung der bereits begonnenen oder erfolgten Vollstreckung zur Folge, wenn das vollstreckte Urtheil im Laufe der gesetzlichen Frist durch Berufung angefochten wird.

So weit in der Französischen Nachahmung gehen jedoch der Preußische und Hannoversche Entwurf nicht. Sie behalten den Deutschen Grundsatz bei, daß in der Regel nur auf Grund rechtskräftiger Urtheile deren Vollstreckung beantragt werden kann.

Hieraus folgt, daß der Gerichtsvollzieher nicht früher zur Vollstreckung schreiten darf, als bis ihm nachgewiesen ist, daß das zu vollstreckende Urtheil rechtskräftig geworden.

Nun ist es aber nach dem von den drei Entwürfen angenommenen Französischen Verfahren dem Gerichte unmöglich, zu bezeu-

gen, ob gegen das Erkenntniß ein Rechtsmittel bereits eingelegt ist, weil das Gericht von der Einlegung des Rechtsmittels nichts erfährt. Die Einlegung erfolgt vielmehr durch unmittelbare Zustellung an den Gegner.

So haben sich denn der Preußische und Hannoversche Entwurf nicht anders zu helfen gewußt, als daß sie dem Gerichtsschreiber die Führung eines besondern Rechtsmittelregisters aufgeben. Die Verabsäumung der Anmeldung des Rechtsmittels zur Eintragung in dies Register hat zur Folge, daß bis zum Nachweise des Gegentheils das Rechtsmittel für nicht eingelegt anzusehen ist. Hiernach bleibt der Nichtrechtsverständige, welcher von diesem Rechtsmittelregister nichts weiß und die Eintragung seines Rechtsmittels nicht veranlaßt, der Gefahr ausgesetzt, mit Execution verfolgt zu werden.

Aber auch für den Gläubiger hat diese Einrichtung den Nachtheil, daß, nach dem Preußischen Entwurfe, ein eingetragenes aber nicht weiter verfolgtes Rechtsmittel des Schuldners dem Gläubiger die Vollstreckung des Erkenntnisses unmöglich macht, denn nach §. 611 und 612 des Preußischen Entwurfs kann die Löschung des eingetragenen Rechtsmittels nur auf Antrag desjenigen, welcher die Eintragung erwirkt hat, oder auf Grund eines Urtheils erfolgen, durch welches das Rechtsmittel erledigt ist. Wie soll nun aber der Gläubiger zur Execution gelangen, wenn der Schuldner das angebrachte Rechtsmittel weder verfolgt noch löschen läßt?

Dagegen bestimmt §. 647 des Hannoverschen Entwurfs, daß die Eintragung auch auf Antrag der Gegenpartei gelöscht werden soll, wenn diese nachweise, daß das Rechtsmittel erledigt sei. Auch dieser Nachweis wird aber dem Gerichtsschreiber schwer zu führen sein, wenn von demjenigen, welcher das Rechtsmittel eingelegt hat, dasselbe nicht verfolgt ist, ohne daß er schriftlich auf das Rechtsmittel verzichtete.

Der Hannoversche und Preußische Entwurf enthalten aber auch abweichende Bestimmungen darüber, von wem das Zeugniß der Vollstreckbarkeit auf Grund des Rechtsmittelregisters ausgestellt werden soll.

Nach §. 647 des Hannoverschen Entwurfs steht die Ausstellung dem Gerichtsschreiber zu. Verweigert dieser sie, so kann der Gläubiger, wenn nicht vom Vorsitzenden des Gerichts Abhülfe gewährt wird, beim Gericht Beschwerde erheben, welches darüber in berathender Sitzung entscheidet.

Hierbei ist aber nicht berücksichtigt, daß wie die Verweigerung des Zeugnisses die Rechte des Gläubigers, so auch die Ertheilung des Zeugnisses die Rechte des Schuldners beeinträchtigen kann. Deshalb liegt es im Interesse beider Theile, daß nicht der Gerichtsschreiber, sondern der Richter gleich über die Vollstreckbarkeit entscheidet.

Das nimmt auch der Preußische Entwurf an, in so fern nach §. 960 das Zeugniß der Vollstreckbarkeit von dem Vorsitzenden des Gerichts ertheilt wird. Ist von dem Vorsitzenden das Zeugniß der Vollstreckbarkeit ertheilt, so ist der Schuldner befugt, die Wiederaufhebung des Zeugnisses bei dem Gericht im Wege der Klage zu beantragen.

Wie die Motive S. 243 sagen, ist die Ertheilung des Zeugnisses dem Vorsitzenden des Gerichts des ersten Rechtszuges überlassen, weil nur eine einfache causae cognitio erforderlich ist, und weil die Zuständigkeit eines einzelnen Richters die schleunigere und promptere Erledigung der betreffenden Anträge in Aussicht stellt.

Es rechtfertigt sich aber nicht, den Vorsitzenden mit einfachen Geschäften zu belasten, weil dies, besonders bei größeren Gerichten, dem Vorsitzenden die Zeit nimmt, welche zu seiner wichtigsten Thätigkeit, nämlich der Vorbereitung zu den Sitzungen und der Ausübung der Aufsicht, bestimmt ist. Auch ist nach dem Geschäftsgange bei den Preußischen Gerichten die schleunige und prompte Erledigung der den Mitgliedern zustehenden Geschäfte dadurch gesichert, daß die Mitgliederalle unbedenklichen Sachen sofort wie Einzelrichter ohne Vortrag im Collegium abmachen.

Besonders bedenklich ist die Bestimmung des Preußischen Entwurfs, daß der Schuldner gegen die Verfügung des Vorsitzenden bei demselben Gericht klagen, und so den Mitgliedern des Gerichts die Kritik der Verfügung ihres Vorsitzenden übertragen werden soll. Auch fragt es sich, ob demnächst der Vorsitzende an der Entscheidung Theil nehmen darf.

Man sieht, wie viele Unzuträglichkeiten die Entwürfe vermieden hätten, wenn sie, an dem Deutschen Grundsatze festhaltend, dem Gerichte die Prüfung der Zulässigkeit des Executionsantrages beließen.

Besondere Schwierigkeiten bereitet den drei Entwürfen noch der Fall, wenn eine vollstreckbare Ausfertigung verloren gegangen

ist, weil im Falle der Ertheilung einer zweiten vollstreckbaren Ausfertigung mit der angeblich verlorenen ersten Ausfertigung leicht Mißbrauch getrieben werden kann. Im Deutschen Processe kann der Fall gar nicht vorkommen, weil der Executor den Auftrag unmittelbar von dem Gerichte erhält, zu dem er gehört.

Hat sich nun der Gläubiger glücklich in den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung gesetzt, so muß er dieselbe nach den drei Entwürfen dem Gerichtsvollzieher zustellen. Dieser darf nun aber nicht sogleich zur Vollstreckung schreiten, muß vielmehr erst noch an den Schuldner ein Vollstreckungsgebot mit achttägiger Frist erlassen.

Den Erlaß eines solchen besondern Befriedigungsgebots mit einer Frist von 8 bis 14 Tagen machte auch §. 31 I. 24 der Preußischen allgemeinen Gerichtsordnung dem Gerichte zur Pflicht. §. 15 des Gesetzes vom 20. März 1854 läßt jedoch diesen monitorische Zahlungsbefehl fortfallen. Nach den Regierungsmotiven zu diesem Gesetz hat nämlich der Schuldner während des Proceßverfahrens und bis zum Eintritt der Rechtskraft genügende Zeit, die Erfüllung der Verbindlichkeit vorzubereiten. Der besondere Zahlungsbefehl äußere in sehr vielen Fällen die Wirkung, daß der Schuldner Zeit gewinnt, durch Wegschaffung der Executionsobjecte oder Abschließung von Veräußerungsverträgen über die angreifbaren Gegenstände seines Vermögens dem Gläubiger die Mittel zu seiner Befriedigung zu entziehen. Schon wiederholt sei deshalb die Aufhebung des Zahlungsbefehls in Anregung gebracht. Die Motive des Preußischen Entwurfs gestehen denn auch S. 252 ein, daß diese bei uns gemachte Erfahrung nur deshalb unberücksichtigt bleibe, und der monitorische Zahlungsbefehl nur deshalb nothwendig sei, damit das Institut der Gerichtsvollzieher in's Leben treten könne. So soll diesem bedenklichen Institut zu Liebe unsere Rechtspflege einen Rückschritt machen. Es bestimmt der Preußische Entwurf ferner:

§. 1004.

Die Urkunde über das Vollstreckungsgebot muß enthalten:

1) das Jahr, den Monat und den Tag, an welchem es ergangen ist;
2) wenn dieser Tag ein Sonntag oder allgemeiner Feiertag ist; die Bezeichnung der richterlichen Verfügung, durch welche die Erlaubniß ertheilt ist, das Gebot an dem betreffenden Tage zu erlassen;

3) die Bezeichnung des Urtheils, welchem Genüge geleistet werden soll;
4) den Namen, den Stand oder das Gewerbe, so wie den Wohnort des Gläubigers und, wenn dieser die Vollstreckung als Rechtsnachfolger des im Urtheil bezeichneten Gläubigers beantragt, den Grund der Rechtsnachfolge;
5) den Namen, den Stand oder das Gewerbe des Schuldners;
6) die Aufforderung, dem Urtheil zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung Genüge zu leisten, unter genauer Bezeichnung der Leistungen, welche verlangt werden;
7) die Frist, binnen welcher dem Urtheil Genüge zu leisten sei, und wenn die Frist abgekürzt ist, die Bezeichnung der richterlichen Verfügung, durch welche die Abkürzung bewilligt ist;
8) im Falle des §. 1002 den Namen, den Stand oder das Gewerbe, so wie den Wohnort des Zustellungsbevollmächtigten;
9) die Bezeichnung der ausgelieferten Schriftstücke;
10) den Ort, wo das Gebot ergangen ist;
11) die Angabe, daß der Bestimmung über die Ablieferung einer Abschrift der Urkunde genügt ist, unter Bezeichnung der Person, welcher die Abschrift übergeben ist;
12) die Unterschrift des Gerichtsvollziehers unter Angabe seiner amtlichen Eigenschaft und seines Wohnorts.

§. 1006.

Das Vollstreckungsgebot ist nichtig:
1) wenn es von einem Gerichtsvollzieher ergangen ist, welcher nicht zuständig war, oder den Auftrag nicht übernehmen durfte;
2) wenn es zu einer gesetzlich nicht erlaubten Zeit, oder an einem gesetzlich nicht zulässigen Orte ergangen ist;
3) wenn die Aufnahme einer Urkunde über dasselbe unterblieben ist;
4) wenn die Urkunde den Erfordernissen des §. 1004 nicht entspricht.

§. 1007.

Die Nichtigkeit muß vom Schuldner mittelst Einlegung des Widerspruchs gegen die Zwangsvollstreckung binnen 8 Tagen seit dem Vollstreckungsgebote geltend gemacht werden, widrigenfalls die Nichtigkeit als geheilt gilt.

§. 1008.

Der Schuldner hat den Widerspruch gegen die Zwangs-

vollstreckung im Wege der Klage bei dem Gerichte geltend zu machen, von welchem oder von dessen Vorsitzenden das Urtheil für vollstreckbar erklärt ist.

Man weiß in der That nicht, welche Vortheile dies Nichtigkeitsverfahren gewähren soll. Es giebt dies doch nur dem Schuldner eine neue Gelegenheit, sich irgend ein Versehen des Gerichtsvollziehers zu Nutze zu machen, um noch einmal der Vollstreckung des rechtskräftigen Erkenntnisses zu entgehen.

Man legt hier dem, wie wir oben gesehen haben, an sich überflüssigen Vollstreckungsgebot eine Wichtigkeit bei, die es in der That gar nicht hat. Es hat den Anschein, als wenn der Gerichtsvollzieher durch das Vollstreckungsgebot das Recht erst neu schaffen müsse, das demnächst zur Vollstreckung gelangen soll, während das ergangene Erkenntniß dies doch bereits ausgesprochen hat.

Während ferner der §. 1006 die Nichtigkeit des Gebots in Französischer Weise an jeden formellen Verstoß knüpft, mag er auch an sich noch so unwesentlich sein, läßt er den allerwesentlichsten Fall, wenn nämlich das Vollstreckungsgebot dem ergangenen Erkenntniß nicht entspricht, ganz unbeachtet.

Der Baierische und Hannoversche Entwurf kennen denn auch ein solches besonderes Nichtigkeitsverfahren über das Vollstreckungsgebot nicht.

Vergleichen wir nun, was im Deutschen und Preußischen Processe und was nach dem Preußischen Entwurf der Gläubiger zu thun hat, um ein Erkenntniß zur Vollstreckung zu bringen.

Jetzt hat bei uns der Gläubiger beim Proceßgericht nur den Executionsantrag zu überreichen. Dieser wird mit den Acten dem betreffenden Richter vorgelegt. Finden sich bei der Prüfung Umstände, so wird deren Erledigung dem Gläubiger aufgegeben. Demnächst wird der Executor mit der Vollstreckung beauftragt und gleichzeitig der Schuldner hiervon benachrichtigt.

Nach dem Preußischen Entwurf muß sich der Gläubiger erst eine Ausfertigung des zu vollstreckenden Erkenntnisses vom Gerichtsschreiber, dann beim Vorsitzenden das Zeugniß der Vollstreckbarkeit erbitten. Der Vorsitzende muß sich dann vom Gerichtsschreiber anzeigen lassen, ob gegen das Erkenntniß ein Rechtsmittel angemeldet ist. Dann kann er das Zeugniß ertheilen, das nun liegen bleibt, bis es der Gläubiger abholt. Hierauf muß der Gläubiger das Zeugniß zum Gerichtsvollzieher bringen und die Vollstreckung be-

antragen. Auch muß er noch einen Zustellungsbevollmächtigten bestellen, wenn er nicht im Bezirke des Gerichts wohnt. Der Gerichtsvollzieher fertigt nun das Zustellungsgebot aus, behändigt es dem Gläubiger, der eine achttägige Frist hat, innerhalb deren er das Zustellungsgebot als nichtig anfechten kann. Behauptet der Schuldner eine solche Nichtigkeit, so veranlaßt dies ein besonderes processualisches Verfahren, in Folge dessen das Vollstreckungsgebot vernichtet werden kann. Fallen bei dem Erlaß des neuen Vollstreckungsgebots neue Versehen vor, so beginnt ein neues Nichtigkeitsverfahren.

Man wird hiernach wohl nicht behaupten, daß die Neuerungen des Entwurfs den Deutschen Rechtszustand verbessern. Sie dienen nur dazu, dem Gläubiger die Rechtsverfolgung zu erschweren.

Wenn es nun aber der Gläubiger bis zur Inangriffnahme der Vollstreckung der Execution gebracht hat, so kann doch immer noch der Schuldner

Einwendungen gegen die Vollstreckung

erheben, und zwar aus doppeltem Grunde.

1) indem er gegen die **Art** der Vollstreckung, insbesondere gegen die Zulässigkeit einer Vollstreckungs**maaßregel** Widerspruch erhebt;
2) aus Gründen, welche die zu tilgende **Verbindlichkeit selbst** betreffen.

Der **Preußische** und **Baierische** Entwurf lassen über alle solche Einwendungen des Verklagten ein neues processualisches Verfahren zu.

Der **Hannoversche** Entwurf sieht dagegen nach §. 675 Einwendungen der zu 1 gedachten Art als Beschwerden über den Gerichtsvollzieher an, das Gericht kann vor deren Entscheidung den Gerichtsvollzieher und die Betheiligten hören. Dies entspricht denn auch der Deutschen Rechtsübung und, erledigt solche Frage in einfachster Weise.

Was aber die Einwendungen des Schuldners gegen die zu tilgende Verbindlichkeit an sich angeht, so bestimmt §. 36 I. 24 der allgemeinen Gerichtsordnung und §. 6 der Verordnung vom 4. März 1834:

> Es finden gegen die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils nur die Einwendungen der Zahlung, der Compen-

sation, des Erlasses, wie nicht minder des Vergleichs in so weit statt, als durch letztern die Schuld verringert, oder eine längere Zahlungsfrist bewilligt ist.

Diese Einwendungen hemmen die Execution nur alsdann, wenn sie liquid sind, und die Thatsachen, auf welche sie gegründet werden, sich erst nach geschlossener Instruction der Sache ereignet haben, oder erst nach diesem Zeitpunkte zur Kenntniß des Schuldners gelangt sind.

Man sieht wie sachgemäß beschränkt dies Einspruchsrecht des rechtskräftig Verurtheilten ist. Auch kommen im Preußischen Processe solche Einreden des Verklagten in der Executionsinstanz nur selten zur Aburtelung. Es ist diese Beschränkung im Preußischen Processe nur um deshalb möglich, weil die richterliche Prüfung bei Einleitung der Execution dafür Gewähr leistet, daß unzulässige Anträge auf Vollstreckung der Execution ohne Weiteres wie unbegründete Klagen zurückgewiesen werden.

Der Unterschied zwischen dem Deutschen und Preußischen und dem, von den drei Entwürfen angenommenen Französischen Verfahren, wird noch mehr in die Augen fallen, wenn wir die drei verschiedenen Arten der noch in der Executionsinstanz vorkommenden Einreden näher betrachten.

1) Es kann vorkommen, daß die Sachlegitimation des Gläubigers oder Schuldners zweifelhaft ist, wenn eine Handlung, eine Gesellschaft, der Vormund, die Ehefrau, ein Haussohn u. s. w. geklagt haben oder verurtheilt sind.

Nach Deutschem Rechte prüft das Gericht die Sachlegitimation gleich bei der Verfügung der Execution; dadurch werden alle späteren Weiterungen abgeschnitten.

Der Preußische Entwurf scheint die Legitimation des **Gläubigers** der Prüfung des Vorsitzenden zu unterbreiten, in so fern §. 961 sagt, daß in dem Zeugniße der Vollstreckbarkeit die **Partei**, für welche es ertheilt wird, zu bezeichnen ist.

Dagegen ist die Entscheidung über die Passivlegitimation, also die Frage, welcher Person die Erfüllung des rechtskräftigen Erkenntnisses obliegt, vom Preußischen Entwurf allemal dem processualischen Verfahren überlassen, welches erst auf Widerspruch des Schuldners eingeleitet wird.

Auch der Hannoversche und Baierische Entwurf überlassen die

Erörterung solcher Legitimationsfragen dem in Folge des Widerspruchs einzuleitenden processualischen Verfahren.

2) Häufig geht aber auch ein Wechsel in der Person des Gläubigers oder Schuldners vor.

Nach §. 644 des Hannoverschen Entwurfs ist der Uebergang des Anspruchs dem Gerichtsschreiber durch fehlerfreie öffentliche Urkunden zu beweisen.

So soll der Gerichtsschreiber eine materielle Prüfung anstellen. Findet der Gerichtsschreiber keinen Mangel an den Urkunden, so greift die Execution Platz; der Schuldner kann sich gegen die Mißgriffe des Gerichtsschreibers nur durch ein neues processualisches Verfahren schützen.

Auf der andern Seite erschwert aber diese Vorschrift auch wieder die Execution, weil es dem Gläubiger nicht immer möglich ist, den Uebergang der Verpflichtung durch fehlerfreie öffentliche Urkunden nachzuweisen.

Ist dagegen das Vollstreckungsverfahren nach Deutscher Weise in der Hand des Richters, so läßt dieser ohne Weiteres dem Gegner die außergerichtlichen Urkunden zur Erklärung vorlegen, er sieht die betreffenden Vormunds-, Nachlaß- oder Testamentsacten ein. Damit werden in der Regel die Weiterungen abgeschnitten, die nach Französischer Weise allemal erst durch ein processualisches Verfahren ihre Erledigung finden können.

Der Preußische Entwurf erwähnt auch hier nur den Wechsel in der Person des Gläubigers. Nach §. 998 des Entwurfs soll sich der Gerichtsvollzieher von dem neuen Gläubiger den Grund der Rechtsnachfolge bezeichnen lassen. Weil aber, wie die Motive bemerken, dem Gerichtsvollzieher, in dessen Hand die Vollstreckung nun einmal in Französischer Weise gelegt werden soll, eine causae cognitio nicht beigelegt werden könne, trägt der §. 998 kein Bedenken, jede Prüfung der Legitimation des Gläubigers für überflüssig zu erklären. So kann denn der Schuldner sich gegen die von einem Unbefugten verlangte Zahlung nur durch Erhebung einer Klage und einen neuen Proceß schützen.

3) Endlich kann aber der Schuldner auch die Einrede geltend machen, daß er die Forderung inzwischen bereits bezahlt habe.

Nach den drei Entwürfen hat ein solcher Einwand ohne Weiteres einen neuen Proceß zur Folge, weil der Gerichtsvollzieher

nicht früher mit der Vollstreckung einhalten darf, als bis ihm der Richter dies befiehlt. Der Richter bekommt aber nur im Wege eines processualischen Verfahrens, das durch den Widerspruch des Verklagten anhängig wird, Kenntniß und Befugniß der unbegründeten Vollstreckung Einhalt zu thun.

Im Deutschen und Preußischen Proceß findet ein solches processualisches Verfahren nur selten statt, weil der Richter dasselbe erst dann einleitet, wenn ihm eine gütliche Beilegung nicht gelungen ist. In der Regel erkennt der Gläubiger die ihm auf Veranlassung des Richters vorgelegten Quittungen ohne Weiteres an.

Wir sehen auf welche dornenreiche Bahn processualischer Weiterungen die drei Entwürfe den Gläubiger und den Schuldner führen. Die Vorzüge des Deutschen Vollstreckungsverfahrens bleiben dem Franzosen verborgen, weil er in der Vollstreckung der Erkenntnisse, durch welche der Deutsche Richter selbst in einfachster Weise das erkannte Recht in's Leben führt, nur eine mechanische Manipulation sieht.

So sagt auch Dernburg, wie wir gesehen haben, ein eifriger Vertheidiger des Französischen Verfahrens S. 296 ff. seiner Abhandlungen:

> „Es will uns das Französische Executionswesen nicht munden, welches einer Klasse von Beamten sein Entstehen giebt, die subalterne Verrichtungen mit Prätentionen verbindet, die durch ihre selbstständige Stellung, und durch ihr wichtiges Amt die Befehle der Justiz zu vollziehen nicht unberücksichtigt bleiben können.... Es ist nicht zu leugnen, daß eine schlechte Institution auch den besten Menschen verdirbt, namentlich eine solche, die die Befriedigung des Egoismus auf das Unglück hinweist, und die dem, nur zu leichten Hange zu excediren, nicht einmal ein Gegengewicht in der rein mechanischen Natur der Functionen und in der Entblößung von jeder gediegenen Bildung giebt. Das Unglück ist sogar noch größer, wenn sich bei diesen Beamten der Dünkel des Wissens, eine gewisse Färbung von juristischer Vertrautheit mit den modernen Gesetzbüchern mit der Schlüpfrigkeit ihrer Stellung verbindet...
>
> Sehr bedeutende Inconvenienzen entwickeln sich ganz natürlich daraus, daß der mit der Execution beauftragte Beamte, eben weil er nur ein blindes Imperium ohne

Motiv hat, bei jedem wahren oder fingirten Incidentpunkt einhalten muß, wobei die Sache selbst der einfachsten Art zu einem förmlichen Processe erwächst. Es ist Niemanden, der mit diesem Theile des Französischen Processes vertraut ist, schwierig, den Fortgang des Vollzugs geradezu unmöglich zu machen, so leicht lassen sich hier Incidente auf Incidente häufen....

Hätte der Richter die Execution, er würde illiquide Einreden nicht annehmen, den Vollzug fortsetzen, vorbehaltlich dem Schuldner in separato condictione indebiti aufzutreten; bei einem solchen Bewußtsein unterbleibt der Versuch zu solchen boshaften, den Schuldner und Gläubiger gleich ruinirenden Verfahren, das am Ende nicht einmal so arg gemeint ist, und nur die Erhaltung eines Termins bezweckt.

Die Oestreichische Denkschrift hebt S. 50 besonders solche Gründe hervor, welche subjectiv gegen das Französische Vollstreckungsverfahren sprechen und sagt:

„In die Hände der Gerichtsvollzieher wäre eine große Macht gelegt, ihnen wäre die Gelegenheit eröffnet, sich ein bedeutendes Einkommen zu erwerben (wie es in Frankreich, den Rheinlanden und Hannover der Fall ist), und doch könnten dafür nur Männer von geringer Bildung und aus einer untern gesellschaftlichen Schicht verwendet werden. Nichts aber ist gefährlicher, als die Macht in der Hand des Ungebildeten, insbesondere, wenn sich zur Macht der Stellung auch noch das Bewußtsein der Wohlhabenheit gesellt. Häufig hört man hierauf erwidern, die Concurrenz werde alle Gefahren beseitigen. Dabei wird aber vergessen, daß bei diesen Organen von einer freien Concurrenz keine Rede sein kann, denn nirgends ist dieser Berufszweig als eine freie Beschäftigung, sondern überall als ein Amt behandelt.... Aber auch hiervon abgesehen, darf von der Concurrenz nicht zuviel erwartet werden; sie hat eine große läuternde Macht, doch alle bedenklichen Elemente vermag sie nicht zu entfernen, und speciell auf die Gerichtsvollzieher angewendet, dürfte nicht mit voller Sicherheit darauf zu zählen sein, daß derjenige, welcher am strengsten die Bahn des Gesetzes wandelt, auch alle Zeit der Gesuchteste sein

wird, und ob nicht derjenige, welcher durch allerlei geschickte, wenn auch nicht streng legale Manövres seinem Auftraggeber die meisten Vortheile zuzuwenden versteht, sich eines nicht unbedeutenden Zuspruchs zu erfreuen haben würde."

Auch der Sächsische Entwurf bleibt hier wie immer der Deutschen Rechtsübung treu, indem die Motive S. 291 sagen:

„Aus der Natur und dem Zwecke der Rechtspflege folgt keineswegs, daß die Gerichte auf das Rechtsprechen beschränkt werden müßten.... Es ist nichts natürlicher, als daß ein Erkenntniß von derselben Behörde, welche dasselbe gefaßt hat, oder doch unter deren unmittelbaren Leitung und Aufsicht zum Vollzuge gebracht wird, zumal da sie, wenn sich während des Vollstreckungsverfahrens Anstände ergeben, vorzugsweise geeignet ist, dieselben schnell auf zweckmäßige Weise zur Erledigung zu bringen."

Jedoch haben diese Gründe der Oestreichischen Denkschrift und der Sächsischen Motive bei der Berathung in Hannover nur durch den Kurfürstlich Hessischen Abgeordneten lebhafte Vertretung gefunden. Auch dieser beantragte aber S. 4139 der Protokolle nicht einmal die Beibehaltung des Deutschen Vollstreckungsverfahrens, sondern nur einen Vorbehalt, daß die Landesgesetzgebung befugt bleibe, die Leitung der Hülfsvollstreckung den Gerichten zu übertragen. Indeß wurde nach S. 4153 sogar dieser Antrag mit 5 gegen 5 Stimmen durch die entscheidende Stimme des Präsidenten abgelehnt.

Zwangsvollstreckung gegen den Fiscus.

In Uebereinstimmung mit den Französischen Gesetzen bestimmt §. 990 des Preußischen Entwurfs:

„Gegen den Fiscus, gegen privilegirte Corporationen, so wie gegen die unter Aufsicht des Staates stehenden, dem öffentlichen Interesse dienenden milden Stiftungen findet die gerichtliche Zwangsvollstreckung nicht statt."

Aehnlich lauten Art. 760 und 761 des Baierischen Entwurfs.

§. 676 des Hannoverschen Entwurfs behält es der Landesgesetzgebung vor, über das Vollstreckungsverfahren gegen den

Staat, die Gemeinden, und die unter Leitung des Staates oder der Gemeinden stehenden öffentlichen Anstalten, abweichende Vorschriften zu erlassen.

Es ist eine wohl nur den Franzosen eigenthümliche Rechtsanschauung, daß den administrativen Behörden gegenüber irgend ein gerichtlicher Zwang zur Vollziehung des rechtskräftigen Erkenntnisses unzulässig sei. Diese Machtlosigkeit der Justiz rührt wohl auch daher, daß in Frankreich die Zwangsvollstreckung in der Hand der Gerichtsvollzieher liegt. Deren Thätigkeit kann allerdings den administrativen Behörden gegenüber nicht sehr in's Gewicht fallen.

Die Deutsche Rechtsübung geht dagegen dahin, daß die rechtskräftigen Erkenntnisse ohne Ansehn der Person durch den Richter selbst zur Vollstreckung gebracht werden müssen, daß der Richter also auch den fiscalischen Behörden gegenüber dem Gläubiger zu seinem Rechte verhelfen muß.

Gerade im Widerspruch mit dem §. 990 des Preußischen Entwurfs bestimmt §. 33 I. 35 der Preußischen allgemeinen Gerichtsordnung:

„Uebrigens müssen die ergangenen rechtskräftigen Urtel auch gegen den Fiscus, so wie gegen jede andere Partei gehörig vollstreckt werden....

„Sollte wider Verhoffen eine obere Finanzbehörde der Vollstreckung der gegen den Fiscus ergangenen Urtel Schwierigkeiten oder Hindernisse in den Weg legen, so muß das Justizcollegium an das Justizdepartement zur weiteren Verfügung der Seiner Königlichen Majestät selbst davon zu machenden Anzeige, von Amtswegen berichten."

Anhang §. 242 lautet:

„Liegt die Schuld der verzögerten Autorisation zu der zu leistenden Zahlung an der dazu verurtheilten untergeordneten fiscalischen Station selbst, so tritt der Fall einer Execution ad faciendum ein, welche gegen den Beamten, Rendanten u. s. w. persönlich verhängt werden muß."

Nach §. 153 des Anhangs sollen auch bei der Execution gegen Stadt- und Dorfgemeinden oder andere moralische Personen die Gerichte mit der Regierung Rücksprache nehmen und erforderlichen Falls an den Justizminister berichten. So hilft bei uns, auch den Behörden gegenüber, das Gericht dem siegreichen Kläger.

Schreiten wir nun noch zu einer

Vergleichung der drei Entwürfe

im Großen und Ganzen so finden wir, daß der Preußische Entwurf fast bei allen zur Sprache gebrachten Punkten das Französische Recht im weitesten Umfange zur Geltung bringt. Nur bei zwei Punkten geht der Baierische Entwurf noch weiter als der Preußische, indem er die Französische Beschränkung des Zeugenbeweises und die Vollstreckbarkeit aller, auch noch nicht rechtskräftigen Erkenntnisse zulassen will. Der Hannoversche Entwurf neigt sich dagegen in mehreren der hervorgehobenen Punkte dem Deutschen Rechte zu. So kennt er z. B. nicht

das Französische System der Nichtigkeiten wegen bloßer Formfehler,
die discretionäre Gewalt der Gerichte,
das acquiescement,

und er hat mit dem Deutschen Processe gemein

eine Eventualmaxime,
die Prüfung der Vollmachten von Amtswegen,
die Entscheidung in der Sache selbst durch das höchste Gericht.

Schluß.

Blicken wir nun endlich auf das Ergebniß unserer Erörterungen zurück, so dürfte klar sein, daß alle drei Entwürfe viel zu viel von dem Französischen Wesen in sich aufgenommen haben, und vielfach gegen die Rechtssitte und Rechtsanschauung des Deutschen Volks verstoßen.

Wir vermissen in den drei Entwürfen Einrichtungen des Deutschen Processes, die sich nicht nur bei uns bewährt haben, sondern nach welchen man sich sogar in Frankreich sehnt, um eine Gewähr für die nothwendige Gründlichkeit gegen die dort überhandnehmende Flüchtigkeit der Richter zu gewinnen. Dagegen finden wir in den Entwürfen Französische Einrichtungen von an sich so zweifelhaftem Werthe, daß sie sogar von Vertheidigern des Französischen Processes verworfen werden.

Mit einem Worte, es sind nicht Gesetzbücher, welche den Deutschen Proceß seinem Kern und Wesen nach enthalten. In

den drei Entwürfen ist, hier mehr, dort weniger, das Französische so mit dem Deutschen Proceßrechte verquickt, daß ein Zwitterding entstanden ist, an welchem weder ein Deutscher noch ein Franzose seine Freude haben kann. Sollten diese Entwürfe zu Gesetzen werden, so würden wir Deutsche damit bekunden, daß wir nicht im Stande sind, unser eigenes Recht naturwüchsig und volksthümlich weiter fortzubilden. Anstatt auf dem Wege fortzuschreiten, den unsere Väter so glücklich und mit Erfolg betreten haben, werfen wir die von unseren Voreltern ererbten Schätze über Bord, und greifen dafür nach Französischem Flitterstaat.

Man kann es nicht tief genug beklagen, daß die großen Vorzüge des Deutschen und Preußischen Processes bei uns so wenig Anerkennung finden, daß so wenig beachtet wird, wie gerade in dem Deutschen Processe die Eigenthümlichkeiten des Deutschen Volkes ihren richtigen Ausdruck finden.

Es war unsere Hauptaufgabe darzuthun, daß die auffallenden Unterschiede in dem Deutschen und Französischen Processe in der Eigenthümlichkeit des Deutschen und Französischen Volkes ihre Begründung finden.

Haben wir aber diese unsere Hauptaufgabe gelöst, so rechtfertigt sich damit auch das Verlangen, daß dem Volke der seiner Eigenthümlichkeit angemessene Deutsche Proceß seinem Wesen nach belassen werde.

Gewiß werden noch fähigere und begabtere Schriftsteller mit warmem Gefühl für unsere Deutsche Rechtsübung, und mit der vollen Kraft der Ueberzeugung gegen diese Französirung des Deutschen Processes in die Schranken treten.

Wir glauben, wenn auch aus anderen Gründen, als denjenigen, welche Nissen in seiner Schrift: „Der Entwurf einer Deutschen Civilproceßordnung verglichen mit dem Sächsischen" S. 6 anführt: daß die Frage der Deutschen Civilproceßordnung noch nicht spruchreif ist.

Es muß in Deutschland erst noch weit mehr zum allgemeinen Bewußtsein kommen, daß der Deutsche ganz andere Ansprüche an seinen Richter macht, als der Franzose; daß der Französische Richter ganz andere Begriffe von seiner Pflicht hat, als der Deutsche. Dieser würde bei uns geradezu Anstoß erregen, wenn er sich jenes Apathie und Bequemlichkeit aneignen wollte.

Bei den Franzosen beherrscht die Form die Sache, bei uns

entscheidet die Form nur so weit, als es das Wesen der Sache erfordert.

Was der Französische Richter nicht gerade in der Sitzung hört, das kümmert ihn nicht, sogar nicht seine eigenen Beschlüsse.

Der Deutsche Richter sammelt von Beginn des Processes an sorgsam allen Stoff, welcher ihm zur richtigen Entscheidung dienen kann. Er bewahrt ihn zur Benutzung für spätere Verhandlungen und Instanzen.

Der Französische Richter läßt die Parteien rathlos, der Deutsche Richter verwarnt sie sorgfältig vor Fehltritten.

Der Französische Richter entscheidet oft nach willkürlichem Ermessen, während der Deutsche Richter bestimmte That- und Rechtsfragen seiner Entscheidung zum Grunde zu legen hat.

Glaubt man wirklich, daß man sich in Deutschland so leicht an diese Französischen Anschauungen gewöhnen wird?

Sollte es wünschenswerth sein, daß in unserer Rechtspflege dieses Deutsche Streben, dem Rechtsuchenden die Möglichkeit zu gewähren, daß er überall selbst und ohne Advocaten sein Recht bei Gericht in möglichst bequemer Weise geltend machen könne, der Französischen Gleichgiltigkeit gegen das Interesse und die Bequemlichkeit der Gerichtseingesessenen weiche, und daß wie in Frankreich so auch bei uns die Bequemlichkeit des Richters und das Interesse der Advocaten maßgebend werden.

Wenn der Verfasser übrigens nur die Mängel der drei Entwürfe hervorgehoben hat, so möge man doch ja nicht glauben, daß er an denselben nicht auch Vieles zu loben fände. Zunächst kam es indeß darauf an, der Gefahr entgegenzutreten, daß man uns unser gutes Deutsches Recht nehme, und an dessen Stelle Französische Einrichtungen setze, welche mit unserm Volksbewußtsein, mit unseren Geschäftsverkehr, mit unseren Begriffen von der richterlichen Pflicht, mit der auf dem Deutschen Gemüthe beruhenden Rechtsübung schnurstracks im Widerspruche stehen.

Anstatt uns wie die Rheinländer zu französiren, gebe man lieber den Rheinländern ihr Deutsches Recht in zeitgemäßer Gestaltung zurück.

Druck von G. Pätz in Naumburg.

